זה ספר

ערך השלחן

ח"מ ח"ג

יערוך אותו על **השלחן** הטהור ודיסכן. סמיכין עלוהי הני כהני רבנן דמתיבתא ראשי סנהדראות למופת ולאות ידותו"ן והימן. מערי"ך על שלחנו כל הדברות אמרות טהורות גאוני הדורות להבין ולהורות החקים והתורות נימוקן וטעמן. נאת שלחנו מלא לחם אבירים מפי סופרים וספרים המה הגבורים ווו"ו המורי"ם המלכים האדירים ובני ישראל אכלו את המן. ל"ו פס"ק מעל שלחנו של ר' אסוקי שמעתתא אליבא דהילכתא ותכן בבחירת"א הלכתא גברוותא עמיקתא ומסתרתא עומקן ורומן. הכל גלוי וצפוי לפניו נגלו מצפונים מה לאחור מה לפנים ראשונים ואחרונים הדשים גם ישנים עוברים לפניו כמרוכים בשמותן במקומן. כאן שנה ר' ה"ג מלי דמטמרן עשאן כסדרן ראשן ועיקרן מילי ממיסרן משכיל להימן. פינה וזוית לא שביק גוד אחית גוד אסיק מכרך ועסיק כל פסק"א דל"ה פסי"ק מתון ומסיק ופשריה מהימן. מאיר עיני חכמים בהלכה שמורה בכל וערוכה עוקר הרים או דכו במדוכה קשתו דרוכה וחניתו מטוכה עג עוגה ועמד בתוכה לא זז משם דלית ליה פירכא ומפליא לעשות מעשה ידי אמן. דבר דמיסתם סתים דלייר ואתים יודעי בינה לעתים קשת גבורים חתים פתות איתה פתים ואין רישומן. אשר במאמרו בר"ה כחמה סוגיא במקומה כלה מקש"ה והיה העלמ"ה מילי דמסתמן. הלכה זו העלה על שלחן מלכים הקיפה בהלכות חק תוכות ועשה סמוכות קלרות וארוכות וזרועו מושלה זרוע המיומן. וקלע עליהם מקלעות פטורי לילים חידושי דינים חידוש הוא שחדשה תורה דיל"ה עשאה סימן. הן הן הדברים יואלים מפי עליון לאריה דבי עילאי מתיל גרמיו כמטיל אפילו באלף לא בטיל שופט כל הארץ יפרוש כנפיו לתימן. הוא הראש ראש גולת אריאל נביונן של ישראל אלוף מגדיא"ל ד"ן מדניא"ל רב פעלים מקבלא"ל הרב הגדול הגאון המפורסם כבוד מוהר"ר **יצחק טייב** זצוק"ל עין לא ראתה איזהו מקומן. וזאת לפנים בישראל האר"ם מכבודו גדלו והודו כביר מגלה ידו יתן לידידו גבר חסדו חסד ואמת האירה מן. זכינו לשיחתו נפלאות מתורתו שאני זכאי באמירתו ה"ן ערו"ך אליו אחת דתו השולח אמרתו מלא האומ"ר מן. דרשו מעל ספר הני ספרי דב"ר כלם נכוחי' כאור זורחי' נרוח המזרחי' עולות מחים מפוארים ומשובחים כל השבחי"ם שנשבח"ו לשמן. זה היום שקויתוהו העיר ה' את רוח האי גברא יקירא מרגלית נסירא ש"ר ואו"ר מנורת המאור זה הדור בלבושו מוכתר בנימוסו רל"ו כמה"ר **מיכאל וזאן** נפשו בטוב תלין עם קדושים נאמן. אשריו לדזכי לו ולזרעו ברוכי בני סמיכי חמשה נסיכי ה' עליהם יחיו חיי אריכי מלכי אחריו זרע ואפרכי נטעי נעמנים נטע נעמן. נפשם אותה לקיים מילי דאבות חמדת הלבבות לאדפוס"י הדר"א ר"ב ספר"א גם את השני גם את השלישי אלה המשפטים משלחן גבוה קזכו השביחו לעלמן. אלה יעמדו על הברכה חסד ה' חופף על גוזליו ירחף זר"ע השוטף ברי"א עדיף הון יוסף לבושי שש וארגמן. ואני תפלה אשר אני **אחז"ה** הני מילי דדרשא דרש"ה ארי מ"ז מחז"ה שדי יחזה יעלו וירצו במחנה •אלהים זה וישמחו כל חוז"י ושעשע יונק לדידי חז"י לגלגלת המן. יתובי יתבינן ברוכי מברכינן ופי מלא תהלות לאל גומר עלי שהחייני וקיימני והגיעני לזמן. הכ"ד איש לצי"ר **יוסף** בלא"א החו"ס כמוהר"ר **אברהם טייב** ס"ט :

נדפס **בתונס** יע"א

שנת לדקת ה' עשה ומשפטיו **עם ישראל** לפ"ק

בדפוס **וזאן ובאסתרו**

הקדמת המגיה בן נכדו של הרב המחבר זצוק"ל

גדולים מעשה חיי"א . ספר קדמו להחויא . מגיד מ"ה שיחו שיחת דקלי"ס :
בגדול החל דורשין תחלות . לשון מדברת גדולות . נפת"ח בגדולים :
קו"ל מרי"ם גידול"י תרומ"ה . ראשי הבתי"ם שבעה המה . סופ"ר את המגדלי"ם :
והבית ימלא מינים ממינים . יקר מחרו"ז ומפנינים . קופת הרוכלים :
מעשה חר"ז ה"ם חרוזי"ם . עינא דספיר חזי כלם אחוזים . בקנה אחד עולים :
שנים שנים הולך על ארבע . קפיד אזוג"י ומספר את רב"ע . חדים וקלים :
ודמות אחד לארבעתן . ל"ו יסבו בלכתן . על כן יאמרו המושלי"ם :
מקים הויות ד"א לד"א נקשן . בהם טעמם וממשן . במישו"ר במקהלי"ם :
בעבור סופ"א . משנתו סגור"ה אפיק שפה . על כל **רב** הדרי"ך בנעלי"ם :

גדול אדוננו ורב כח היוצר הבורא . גלא עמיקתא ומסתרתא ונהורא עמיה שרא . עד בלתי שמים לא יקומו עלה במחשבה . זאת התורה אשר ס"ס חיים שר"ה בקרבה . יושבת בקתדרא בי גזא דרחמנא . שעשועים יום יום אצלו אמונה . חתום באוצרותיו תורה חתומה . כבודה בת מלך פנימה . כלה נאה וחסודה : עד עת בא דברו . פתח ה' את אוצרו . מה נכבד היום יום בשורה . בהגלות נגלות מלך ישראל והארץ מכבודו האירה . נפתחו השמים ועמדו רגליו . ההר הטוב זה סיני והנה ה' נצב עליו . ואתה מרבבות קדש וכל קדושים עמו . לצאיו ומשרתיו העומדים ברומו . כלם בעמידה : בהנחול עליון אחת דתו . לעם קדש ישראל ראשית תבואתו . וכל העם יצאו נצבים . סביב ההר בנים סובבי"ם . כאחד חבירים ישמחו יעלצו . יביעו ידברו בפיהם ירצו . זריזין מקדימין הלא בראשי . כל אשר דיבר ה' נעשה . כל שישנו בלמידה : מקבלה ואילך אז הוא"ל לקרו"א לדת"ן . לא ימוש סה"ת חק נתן . קיימו וקבלו היהודים . באקרויי בינייה"ו לשמוע בלימודים . חברים מקשיבים והיו לטוטפות . הללו בעלי אסופות . דקביע להו דוכתא . ללמוד וללמד בצפרא ואורתא . בסוד ישרים ועדה : ראשי אלפי ישראל שרפים עומדים . בכל דור ודור העמידו תלמידים .
רב
תלמוד גדול ומעשה

גדול הנהגה מיגיעו . לעסו"ק אהב בתורת ה' חפצו וישעו . דרך גדילת"ו רובץ בין המשפטי"ם . נחל נובע מקור חכמה מזוקק שבעתים . זה שבתו הבית ללקוט שושנים . תורה מונחת בקרן זוית מן האגף ולפנים . ויהי השמש לבוא עודנו עומד על משמרתו . משמרת הקדש מחזיק בתומתו . זה דרכו דרך הקדש וכך היא המדה : צדיק זה בא לבית מלונו . ויהי ע"ר ותדד שנתו מעינו . נר דלוק מראשותיו . צופה ומביט יפוצו מעינותיו . עינו ראתה כל יקר . אי אמר עקרנא טורא עקר . חוקר עד תכלית חופש כל חדרי . כאן שנה ר' ספרא וספרי . וכוליה תלמודא : האי מאן דזכי למלכא וליכסוב ברתיה . חוט של חסד משוך עליו הייטו רבותיה . כל עוד נשמת רוח חיים באפיו . חופף עליו כל היום יפרוש כנפיו . הנה שכרו אתו ופעולתו . ממעל לחש"ב תרב גדולתו . לעמוד לשרת בשם ה' ולעבדו . ותהיה המשרה על שכמו ויהי כזית הודו . הוא זיוה הוא הודה : פרע למזומן . לעולם שכלו טוב חסד ואמת מן . נפש כי תשב"ע מטעם המלך וגדוליו . אדם מוע"ד והוע"ד בבעליו . אל מקום הדש"ן בהדי צדיקייא וחסידייא . במת"ק ודש"ן נפשו ל"ו חיה , נגש והוא נהנ"ה י"ג נהרי דאפרסמונא . עם מלכים ויועצי ארץ היושבים ראשונה . עיני העדה : עוד ישובון שפתי צדיק אומרים הלכה משמו . הכי אמר מר טעמו ונימוקו עמו . מהני מילי מעלייתא דאמר
רב

גדול מרבן . פום ממלל רברבן . האי תנא דידן הו"ד בצב"א . כאחד הנבאי"ם ומלאך פניו בסוד קדושים רבה . מאן דחמא האדם יראה לעינים . ברם עיקר שרשוהי אינו אלא שרף בעל הכנפים . מליא כל ארעא זיו יקריה . רב חיליה ורב גובריה . מארי דתלמודא : איש אלקי"ם קדוש הוא רם ונשא ושוליו . מלאים מלות כרמון ויראו מגשת אליו . נודע למשגב קצוי ארץ ויש רחוקים . זה האיש מרעיש הארץ מרגיז ממלכות וגם בני ענקים . עטרה בראש כל אדם . עטרת תפארת ישראל וחקר כבודם . יחיד בדורו משיירי כנה"ג . כ"י פ"ה ע"ה רבן של כל בני הגול' · מרן זקננו כמוהר"ר **יצחק טייב** זיע"א אבי התעודה : כן האדם הגדול בעודנו חי האירו ברקיו . משפטיו וחקיו **ערך לו שלחן** א"ח אפתורא דדהבא . נלל במים אדירים ובמים עזים נתיבה . פתח דבריו יאיר למעלה . וב' בקדש גדולה דע"ה מאד נעלה . ואל הפלשה שם חשן המשפט על לבו · ויראו כי חכמת אלהיו בקרבו . במוט"ב תלתא כחדא : ומאחר עלו"ת רב סליק לבי קברי . שמים ל"ו זכו יצאו לאור הנהו זהרורי שלשה המה נפלאו מראיהם כלפידים . חלק אה"ע וספר חקת הפסח וספר ווי העמודים . והוו מלטערי רבנן על האי ספרא דצניעותא . והמה בכתובי"ם ולא איסתייעא מילתא . להוציא לאור תעלומה . בספר ויוחקו תורה יוצאה בהיגומא . בעד"י עדיי"ם אשר ל"ו יעד"ה : אל המן עינינו עומדים וצופים . מי יאכילנו מדבש ונפת צופים . הנחמדי' מזהב ומפז
רב

גדול מכל בני קד"ם רבנן דמקדמ"י בי הלולא . מראש מקדמ"י אר"ש ה"ן בלשונם מלה . יתנו עידיהן וילדקו דברים המלודקים . משפט הספר ומעשהו ועזו בשחקים . לדעת כל אנשי מעשה תקפו וגבורתו . ופרשת גדולת חכמתו . כי היכי דליסתמעון מיליה . באתרא דלא ידעין ליה . בעבור תהיה לעדה : כי כאשר יפרש השוח"ה בשבח המגיע מקלת שבחו . אנו למדין את האיש ואת שיחו . כי רב מאד מחנהו . ומעשה ידיו כוננהו . כל קבל דנא מה יתרון לבעל הלשון . יהול"ל חכם מרום מראשון . אשר נודע שמו בשערים . ולו שם בגבורים . לתורה ולתעודה : אתוהי כמה רברבין . נהר שאינו פוסק מימיו פרין ורבין . אין חקר לתבונתו גדולים חקרי . ולא עמד איש אתו ואחריו כל ישרי . המעתיק הרים ממקומן . ויפלל בהן פלגות עומקן ורומן . בדעתו תהומות נבקעו מי הקש"ה אליו . מפרק כלאחר יד

כד קאי חד כרעא ארח ברגליו . יכה קרית ספר ולכדה : מה בלע כי יתילדו הוללי'ם . לשנות את הידוע בשם הגדולים . כל אדם חזו אל רעהו יתמהו . מכדי לא ידעי רבנן דברבנותיה דמר וגבי עדיו לגאון שמהו . הלא כל יומא ויומא שמעתתיה בפומן . דינא יתיב וספרין פתיחו ויקראו את שמו מן . עוז תורתו מידע ידיע . לפני כל יודעי דת ודין דתו מגיע . נהירין ליה שבילי דתלמודא : כל מקום ששנה ר' הלכה כמותו . ותורה יבקשו מפיהו הרואה מברך שחלק מחכמתו . איש תבונות **רב**

גדול העונה גדולה תשובה מחוינא ומחוינא . במהללי'ו יתגבר נה'ר הגדול כל איש ישתג'ה . ואולם בעבור זאת בעינא דאימא מילתא . מהודא ומשבח אנא נפיק אודיתא . הודאה על חלקי הנה בשמים עידי . נעשה בשרי חדודי'ם חדאי נפשאי חדאי . שהחייני וקיימני והגיעני להיותי משתדל . בתורתו של רבי' מ"ז רב גידל . להכין אותה ולסעדה : מודעת זאת כתבי הקדש הני אשרת'א . כתיבין ולא קריין אפוכי מטרתא . אחד למעלה ושבע למטה . מעורות זו בזו מוחלפת השיטה . לפעמים כפל הענין לטפויי אתא לישנא יתירה . לא זו אף זו פוסק באמצע פרק ופסיק סידרא . וזמנין כתב שאינו ניכר מטי ולא מטי . אגב ריהטא לאדדין קתני תלה ליה רב ביני שיטי . הכי הוה גופא דעובדא : הכל נתון בערבו'ן עירו'ב פרשיות בדין עירוב'א . נפיש טרחא מפני חומ'ר שבה . לאתויי חיפוש מחיפוש תנא אהיכא קאי ולא ידענא מאי אידון בה . דלא קתני רישא כגון דא לריכא רבה . למיקם עליה דמילתא . לאסוקי שמעתתא . ואני בעוניי מלטמק ורע לי . אין ידי משגת דתלו בי טפלי . מחוסר לד'ה : שויתי עזר לסייועי לדבר מצוה . ישרי דרך לישרים נאוה . הני בי תרי אלמ'י . מבית אבי אחי ומרחמי . ראשון בקדש החו"ב הדו"מ כמה"רר **אליהו טייב** נר"ו ואתו עמו אחיעז'ר החו"ב כמה"רר **שלמה** נר"ו הטיבה ה' לטובים . שנים קרובי'ם המה היו להד'ר עז'ר סיוע שים בו ממש אתה השם. תשמרם . וכלנה רצון תעטרם . מרובה מדה : כפעל גמולות כפעל ישלם כמעשה ידיהם . זרעם נכון לפניהם . זרע **רב**

גדול העושה צדקה . לזכר עולם ינון שמו על ספר חקה . הלא זה הו'ד פנת יקרת . ראיתי והנה מנורת . המו'ן מופלא . המו"ן מוכ'ע לניע ומעלי . נגיד ומצוה וגדול ליהודים . ש'ר והו'ר כלו מחמדים . כמה"ר **מיכאל וזאן** תנצב"ה והתענג מזיו כבודה : בעודו בחיים נדב' רוחו ולב טהור חדש בקרבו . למען דפוס האי ספר'א דמאריה טב המטדיף בטובו . והן בעון טרם יצאה מחשבתו לפועל . קראו רבו אל השמים ממעל . יושב בשמים **יצחק** יתן קולו . **מיכאל** עומד ומקריב יושב בצלו . ויחשבה לו לצדקה וענתה בו צדקתו . בצל שדי יתלונן בשלם סוכו ומעונתו . גמול ידו הדה : אשרי בניו אחריו זרעו לברכה . אשר החזיקו במצות לקרבה אל המלאכה . שבת אחים כאור זורחים הראשון אדם המעלה . מנורת זהב כולה . **שמואל** בקוראי שמו יהי אלהיו עמו ואשר על ידו השני לבוש שנים כשני **אליהו** בריא עדיף . והחוט המשולש ויזר'ח **יצחק** זר'ח הטודף . אור לארבעה **יוסף** תהלות ותמשיתו יגל **יעקב** ישמח ויפרח כחבצלת . כלם לבושי מכלול חור וכרפס ותכלת . כלי זהב אצעדה : אלה בני הילה'ר קיימו וקבלו מצות אביהם בעין יפה . לא נצרכה אלא להעדפה . אף הם נתכוונו להוציא כלי למעשהו . ידיהם דמי'ם מלאו חוקקי בשל'ע את השלע'ם למיגהו . זכותיה דמרן זקננו תהיה עליהם למסתור ולמחסה . והו'ד בה עשירי'ה עשירי'ם בכושרו'ת עישור נכסי . אין העין שולטת בהם . ישבעו בנים נשבעי'ן ונוטלין כסף וזהב עליהם . עם כל שכיות החמדה : כי ירבה כבוד ביתם בתים מלאים . אבני שוהם ואבני מילואים . הון ועושר ומקנה **רב**

גדול המעשה ברוך ה' אשר לא השבית לנו גואל . שלומ'י אמוני ישראל . ב' לנתרות הזהב מריקים . מלאים זיו ומפיקי' . מעלת הרבני' המובהקי' כמהר"ר **דוד וזאן** נר"ו וכמהר"ר **יצחק דאנה** נר"ו שנים כרובים זהב הם היו בגרם המעלות לילך אחר שיח'ה לדבר דבר האי סופרא שבחא . לברך על המוגמר . האי ספרא רבא לדיק כתמר . יהי א'ן ה' עמהם רב חנ'א ורב חסד'א : מחזיקנא להו טיבותא . אמרינן לפעלא טבא אייש'ר לעילא מן כל ברכתא . ישלם ה' פעלם ותהיה משכורתם שלמה . ויתרון דעת החכמ' . כשא תורתם ירום ונשא וגבה . גם עד זקנה ושיבה . ה' עליהם יחיו הו'ד לנאת גם עשו'ר נלוה . משמיא מיהב יהבי מן הבריכה העליונה כי שם לוה . אוצר כלי חמדה : מילין לגד עילאה תא חז'י השב'י ישראל בכיבו'ש גליות . בבליות מדיות ויונ'י הגאיו'ת . צרים רדפוהו . סבוהו גם סבבוהו: מנוחה הדריכוהו . הן ה' ידעת כל'ה כמות שהיא חולת אהבה . עבר קציר כלה קיץ עלובת רוח ורבה העזובה . דיה לשר'ה . גולה וסורה . שכולה וגלמודה : שדרך **מש'ה זיתא** דכיא מלכותיה מלכות עלם . רוח אפינו משיח ה' מלך א' יהיה לכלם . והאמ'ה מזה גרם יגרם בקל'ף מלא . הפוך רשעים ואינם ויפולו אויביך להתם ולכלה . ועתה הורד עדי'ך בנוי ומשוכלל . יעלה ויבא בעל בעמיו להיכל'ו ונות בית תחלק שלל . וכל העם רואים צורת הבית ותכונתו כאשר היתה באמנה . וכל בניך לימודי ה' נקבצו באו ציון ברנה . על התורה ועל העבודה : ולכל בני ישראל יהיה אור כאור החמה שבעתים . ביום ההוא יצאו מים **חיים** מירושלים . קרית מלך **רב**

הגיע לעי'ר למדב'ר . פתו פת קיבר . היד חותמת בכתב רושמת את עלם היום הזה עש"ק ער"ח רחמים מתוקה שנ"ת והיא כפורחת **עלתה נצה** לפ"ק :

הכ"ד איש צעי'ר **יוסף** בלא"א החו"ש כמוהר"ר **אברהם טייב** ס"ט

ספר ערך השלחן ח"ג על ש"ע ח"מ

סימן ק"ז

א' דין א' מלוה על היתומים לפרוע וכו' כ' הפריש' ונ"ל דאפילו יתומים קטנים חייבים לשלם משום דגם הם בני מיעבד מלוה נינהו ואליביה כופין גם הקטנים לשלם כשהוא מאחד משלש' דרכים עיין שם אבל הרשב"א בתשו' חלק ג' סימן מ"א וסימן ק"ד וחלק ד' סימן קנ"ב כתב דיתומים דמלוה לפרוע חוב אביהם היינו דוקא גדולים אבל יתומים קטנים לאו בני מלוה נינהו והביאה מרן הב"י סימן זה עיין שם וכן כתב הריב"ש סימן קס"ה גבי רבית קצוצה דאינה יוצאה בדייני' ביתומי' קטנים משום דליכא שיעבוד נכסים א"א עשה וחי אחיך עמך וגבי יתומי' דלאו בני מיעבד מלוה הינה יוצאה בדייני' והביאו מרן הב"י בי"ד סימן ק"ס עיין שם ונראה דס"ל דגם רב הונא בריה דר' יהושע דקיימא לן כוותיה מוד' דיתומים קטנים לאו בני מיעבד מלוה נינהו :

ב' מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם וכו' כת' הריב"ש בסימן של"ב וזה לשונו ומכל מקום לכ"ע מלוה על היתומי' לפרוע חוב אביהם אפי' מטלטלין בין במלוה בשטר בין במלוה על פה וכו' וא"כ הגאונים שתיקנו לגבות מן המטלטלין נר' שעשו כן אם מפני שראו מפני תיקון העולם שראוי לכופן במצוה זו וכו' ואף בשא' היורשין שאינם בנים לא פלוג כיון שרוב היורשי' הם בני' וכולי או מפני שראו שעתה נכסי רוב העולם הם אינם קרקעות אלא מטלטלין וכתובות והמלוה סומך עליה' כמו בקרקע וכו' עכ"ל נראה דסבירא להו דהמלוה על היתומי' לפרוע חוב אביהם דוקא בניו ולא שאר יורשים אבל הגאוני' לא חלקו ותקנו דאפילו לשאר יורשים לפרוע חוב מורישם מפני שרוב העולם היורשים הם בניו או משום דבזה"ז המלוה סומך עליהם (עכ"מ) :

ג' בד"א בשהניח קרקעו' וכו' אם היו מטלט' אפותיקי לבעל חוב כתב הרשב"א בתשו' סי' תתקי"ד והובא בב"י סימן ק"ד דאף על גב דאין בעל חוב גובה מלקוחות מטלטלין שהם אפותיקי היינו משום דליכא קלא וחששו לתקנת הלקוחות אבל לגבי יורשין קלא לא מעלה ולא מוריד וגובה מהם מדינא וכן כתב בש"מ לבתר' ד' מ"ד ע"ב אבל הרא"ה שם חולק וסבירא ליה דאינו גוב' מן היורשין מדינא עיין שם ונראה פשוט דנפקא מינ' אם ירשו קרקע ומטלטלין אלו שהם אפותיקי והיורשים רוצי' להגבות לבעל חוב קרקע והוא רוצה לגבות מטלטלין אלו דלדעת הרשב"א הדין עמו אבל לדעת הרא"ה דאפילו אפותיקי לא משתעבד לו אלא מתקנת הגאונים הדין עם היורשים וכי האי גוונא כתב הרמב"ם בפרק י"א מהל' מלוה וז"ל אבל במערב היו כותבים בשט"ח שיש לגבות מן הקרקע ומן המטלטלין וכו' ונמצא גובה על תנאי זה יותר מן התקנ' וכ' הריב"ש סי' והביאו מרן הכ"מ שם לפי שבתנאי זה הוא גובה יותר מן התקנ' לפי שבתנאי זה אף אם הניח קרקע ומטלטלין גובה מן המטלטלין אף מן היתומים מן הדין שתנאי בממון הוא ומן התקנה לא היה גובה מהמטלטלין מאחר שיש שם קרקע וליכא פסידא למלוה מעמידין אותו על דין הגמ' לזה כוין הרמב"ם בפ' זה וכו' עיין שם וכן כתב המ"מ שם עיין שם וכן כ"מ נמי למלוה על פה שקדם זמנה למלוה שבשטר שכ' הרשב"א בסימן תתקי"ד וזה לשונו אבל אם בא לגבות א' מטלט' היתומים לוי קודם שמן הדין מטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדו והילכך לא נשתעבדו למלוה של שמ' ונשתעבדו למלוה שבשטר של לוי לפי שכתב לו ראובן בפירו' אגב מקרקעי ואף על פי שמתקנת הגאונים מטלטלי דיתמי נמי משתעבדי לכל בעל חוב לא אתיא תקנת הגאונים ז"ל ומפקא מידי מלוה שבשטר שנשתעבדו מדינא וכו' עיי"ש ואם כן הכא נמי אם היו מטלטלין אפותיקי לב"ח הב' אין בעל חוב א' גובה מהם אף על גב דזמן מלוה שלו קדם לפני משום דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבעל חו' מדינא אלא מתקנת הגאונים ולא מפקא מידי דמלוה ב' שנשתעבדו לו מדינא אבל לדעת הרא"ה דאפותיקי נמי אינו גובה מן היתומים מדינא אם כן מלוה על פה קודמ' לגבות ממטלטלין כיון דלא נשתעבדו לשניהם מדינא אלא מתקנת הגאונים וכן נפקא מינה אם מכרו היורשי' המטל' אינו גובה מהדמים שביד היורשים דלא תקנו הגאוני' אלא בעודם ביד היורשים אבל אם קדמו ומכרו אותם הוקמו' אדין תורה כמו שכתב הטור והביאו הסמ"ע ס"ק ט"ו עיין שם אבל לדעת הרשב"א דנשתעבדו מדינא אפי' קדמו היורשים ומכרו אותם גובה הדמים מהיורשים לדעת ר' חיי והתוספות סוף בתרא דף קע"ד בדבור המתחי' לא וכו' וכ' וז"ל וקשה לר"י דבארבע אבות גבי הלכה גובין מן העבדים אר"א אפילו מיתמי לא מיניה וכולי שעשאו אפותיקי ומכרו משמע מיתמי לא ותימא דפסקינן לקמן דמלוה על פה גובה מהיורשים ולא מלקוחות אלמא גוב' מן היורשים טפי מהלקוחות והתם גבי טפי מהלקוחו' ותי' ר' דודאי מלקוחות גבי טפי מדגבי מיורשים וכו' ובההיא דארבע אבות נראה דבעי למימר כדפי' התם אלא כגון שעשו אפותיקי וכו' עיין שם הרי שסברו בתחלה דאפילו עבד שהוא אפותיקי דגובה אותו מלקוחות וכל שכן שור ומטלטלין שהם אפותיקי דאינו גובה אותם מלקוחות כ"ש דאינו גובה מיורשים ומסקנא דגובה מן העבדים מן היורשי' כיון שגובה מן הלקוחות וכן כתבו התוספות שם דמ"ד בד"ה מלוה וכו' ובקמא סוף דף י"א בדבור המתחי' כגון וכו' עיין שם אם כן משמע דשור ומטלטלין שהם אפותיק שאינו גובה מלקוחות הכא נמי אינו גובה מהיורשים אבל לדעת הרשב"א דאפילו מטלטלין שהם אפותיקי גובה מהיורשי' ניחא ההיא דגובה מהעבדים דמוקי לה שעשאו אפותיקי ומכרו משום דאי מן היורשים מאי איריא עבדים אפילו שאר מטלטלין שעשאן אפותיקי גובה מהיורשים דלגבי יורשי' קלא לא מעלה ולא מוריד ומעיקרא דבעי למימר אפי' מיתמי היינו אפילו לא עשאן אפותיקי משום דכמקרקעי דמו ומוקי לה מיניה כגון שעשאו אפותיקי ומכרו דגובה מלקוחו' משו' דקלא אית ליה דאלו מן היורשין אפילו שאר מטלטלין גובה מהם וכ"כ התוס' בקמא ד' ק"ח בד"ה לוה וכו' דהא דאמרי' עשה שורו אפותיקי ומכרו אין ב"ח גובה ממנו ה"ד מכרו דכיון דליכא קלא לא מפסידים ללקוחות אבל נתנו במתנה דלא שייך פסידא דלקוחות ב"ח גובה ממנו וכו' אבל לא עשאו אפותיקי אין ב"ח חוזר וטורף מהם דכי היכי דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח ה"נ לא משתעבדי מטלטלין דמקבל מתנה לב"ח וכו' ע"ש הרי דס"ל דאם עשאן אפותיקי מטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח וגובה מהיורשים מיהו מ"ש דה"נ אם נתנו במתנה ב"ח

גובה

גובה ממנו כ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סי' כ"ו וז"ל דאפי' גבי לקוחות לא אמרו עשה שורו אפותיקי ומכרו אין ב"ח גובה ממנו אלא משום דלית להו קלא וחשו לתקנ' הלקו' הא אם נתן או הוריש גובה כל משעבד בפי' אפי' בלא אגב וכו' ע"ש אבל הרשב"א בתשו' ח"א סי' תרי"ח ובתשו' ח"ב סי' קס"ג חולק וס"ל דמתנה כמכר ואין ב"ח גובה ממנו והביאו הסמ"ע בסי' קי"ז ס"ק י"ב ע"ש ונר' דגבי מתנה קי"ל כהרשב"א והרא"ה נגד התוס' וה' מח"א ה' גביית חוב סי' ב' הביא מחלוקת התוס' והרשב"א וכתב וז"ל ומיהו נר' דגם הרשב"א לא אמרה אלא אם לא שעבד לו מטלטלי' אג"מ אבל אם שעבד לו מטלטלין אג"מ דנהי דמתקנת השוק נהגו שאינו טורף מהמשועבדים א"ל דה"ד במכר ובמתנה דחששו לפסידא דידהו אבל לגבי הקדש או שנתנם לבניו דלא שייך ה"ט אי לאו דשעבד ליה נייח נפשיה לא הוה יהיב ליה כל כה"ג טורף הב"ח מידם וכו' ע"ש ונר' דאפי' נתנם לבניו הוי כמתנה דעלמא שהרי כ' הרשב"א בתשו' ח"ב סי' קס"ג לדעת הגאונים דאפילו נתנם ליורש הוי כמתנה דעלמא דאין אלמנתו ניזונ' מנכסיו וז"ל ואע"ג דטעמא דמתנה שהיא כמשעבדי הוי משו' אי לאו דהו"ל הנאה מניה לא הוה יהיב ליה מתנה כדאי' התם ולכאו' לא שייך ה"ט גבי יורש דבין כך ובין כך אדם נותן ליורשיו ואין להם פסידא כלל ואפ"ה לא פלוג רבנן וא"כ דאפי' ליורש בעצמו לא היה נותן לו בלשון מתנה אלא מניחו על דינו כשם אלא א"כ נהנה ממנו וכו' ע"ש (א"כ עכ"מ והשאר קרוע והדב' מובן מעצמו):

ומ"ש דעת הרשב"א והטו' דאם עשאן אפותיקי הב"ח גובה מהיורשים ולכאו' נר' למאי דקי"ל דמטלט' דיתמי לא משתעבדי לב"ח מדאורייי' כדעת הרמב"ם והטו' ורוב הפוסקים א"כ באפותיקי דהוי דפלוגתא דרבוותא אין מוציאין מהיורשים מספק כדעת התוס' דבתרא והרא"ה אבל הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' קי"ב הביא מחלוקת דהרשב"א והרא"ה וכתב מסתברא לי כהרשב"א דהא דאמרי' מטלט' דיתמי לא משתעבדי לב"ח חידוש הוא והשו דלא לוסיף עלה ע"ש ונראה דס"ל דודאי דמטלט' דיתמי לא משתעבדי לב"ח הוא מדאורייתא' כדעת הרמב"ם והטור אע"ג דקי"ל דשיעבודא דאורייתא ומיהו גבי אפי' מגלימא דאכתפיה משום דקרא דיוציא אליך את העבוט בלוה גופיה ולא ביורשיו אלא משום דקי"ל דרשות יורש לאו כרשות לוקח דיורש במקום אביו ומה"ט אפי' לא כ' דאקני אם קנה והורי' גובה א"כ מטלטלי דיתמי מסברא משתעבדי לב"ח כמו דגובה ממנו מה"ט א"כ חידוש היא והשו דלא ליסיף עלה והרשב"א גם הוסיף וז"ל ולא עוד אלא אפי' פירש לו מקרקעי ומטלטלי מסתברא לי דגובה מן היורשים משום טעמא דאמרן והללו שכותבים מקרקעי ומטלטלי אהני למגבי מן היורשים מן הדין ולא מתקנת הגאונים עיין שם והרמב"ם בספי"א מה' מלוה כ' וז"ל אבל במערב היו כותבים שיש לגבות מן הקרקע ומן המטלטלי בין בחייו בין לאחר מותו ונמצא גובה על תנאי זה יותר מן התקנ' וכו' והביאו הטור בסי' זה וכ' המ"מ אם היו כותבים מטלטלי אג"מ היו גובים אפי' מן הלקוחות אבל אם לא היו כותבים אגב אעפ"כ גובים מהיתומים מן הדין וכ"כ הרשב"א והם דברי רבינו ע"ש וכ"כ בפי"ו מהל' אישות והביאו הטור בא"ה סי' ק' ע"ש אלמא אע"ג דסבירא ליה דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח מדאורייתא אם פי' לו מקרקעי ומטלטלי גובה מהמטלטלין מיורשי' והכנה"ג הגה"ט אות ו' כ' דמדברי הרמב"ם שכ' ובמערב דכותבי' וכו' בחייו ובמותו וכו' משמע דוקא כשכ' בפי' בחייו ובמותו מדין תנאי מהני ומ"ש בפי"ו מה' אישות כבר נהגו בכל המקומות שיכתבו בכתובה בין מקרקעי בין מטלטלי וכו' ע"כ לשון קצרה דיבר וסמך על מ"ש בה' מכירה שצריך לכתוב בחייו ובמותו ע"ש ובכנה"ג' אות כ"ט כ' אפשר דדברי הרשב"א לאו דוקא וכו' ע"ש ובעה"ת שמ"ג הביא דברי הרמב"ם וכ' הגד"ת דהוי לעיכובא שכן נוטים דברי הטור שכ' ואם ירצו קרקע ומטלטלים ואין מפורש בשטר שיגבה מטלטליו בין בחייו בין במותו והיתו' רוצים שיגב' ממקרקעי ולא ממטלטלי שומעין להם וכו' נר' מלשונו דכל שלא פי' בשטר שעבוד המטלטלין גם במו' יכולים היתומים לעכב ע"ש ולא זכר דבעה"ת בש"א סי' ז' כ' כדברי הטור ע"ש ומה שהק' ה' שם למה צ"ל בחייו ובמותו כשיכתבו שיש לו לגבות מהמקרקעי ומהמטלטלי' מספיק דע"כ מה ששיעבד גם המטלטלין הוא בשביל היור' דאי בחייו לא צריך לכך דמניה אפי' מגלימא דעל כתפי' וכו' ע"ש א"ל במה שהק' עוד ה' שם בשער ס"א על הריב"ש שכ' דאפילו ירצו היתומים לסלקו בקרק' לאו כ"כ כיון שהתנה לגבות מאיזה שירצה וא"ל מנ"ל לייפות כח המלוה כ"כ מחמת התנאי הא כיון דמדין הגמרא אפילו מטלטלי לחודיהו לא משתעבדי אע"ג דמפסיד המלוה אימא דאהני תנאי לשיגבה המלוה כשאין שם אלא מטלטל' כדי שלא יפסיד אבל שאפילו שירצו היתומים לתת לו קרקע יוכל להכריחם במטלטלי מנ"ל דיד בעל השטר על התחתו ע"ש דא"ל דאם לגבות המלוה כשאין שם אלא מטלטל' כדי שלא יפסיד למה צ"ל בחיי ובמותי בשיעבוד מטלטלי ומקרק' כתם סגי לגבות מהיורשים דאי בחייו לא צריך דמניה אפי' מגלימא דעל כתפיה אלא לכך פירש בחיי ובמותי לומר דאפילו יש להם קרק' ומטלטלי ורצו היורש' לתת לו קרק' יכול להכריחם במטלטלי כמו בחייו דאם יש לו מטלטלין וקרק' והמלוה חפץ יותר במטלטלי משקרק' צריך ליתן לו מטלט' כמבואר בסי' ק"ג ע"ש אבל מדברי הרשב"א בסי' תתק"ד וח"ב סי' קס"ג משמ' דכל שפי' מטלטלי ומקרק' אפי' לא אמר בחיי ובמותי גובה מהם וכן מצאתי להרשב"א בתשו' ח"ד סי' קנ"ב כ' וז"ל ולאו דוקא אפותיקי אלא אפי' לא עשאו אפותיקי אלא ששעבד מטלטלין בכלל וכו' כמ"ש וטעמא כדאמרן דכל שלא שעבדן בפי' גלה דעתיה דלא סמכא דעתיה עלייהו אבל כששעב' בפי' גילה בדעתו לגבות מהם אפי' מן היתומים דמיניה דידיה לא צריך דמניה אפילו מגלימא דעל כתפיה ואפי' לא שעבדן בפירוש וכולי ומ"ש בזה שכתובה נגבית מן המטלט' כשכתב לה מטלטלי' ומקרקעי בקשתי לי חבר ומצאתי שכן מצאתי להרמב"ם שכ"כ וכו' ע"ש דס"ל דאפי' לא אמר בחיי ובמותי גובה מהיתומים דדרשי' ליתנא יתירא לעפויי דאי מחיים לא צריך דמניה אפילו מגלימא דעל כתפיה אפי' לא שעבדן ושכן דעת הרמב"ם מיהו ק' ממ"ש הטור סימן ל"ז שמ"ח וז"ל כ' בעה"ת התנה עמו שלא יסדרו לו בחוב זה לא אמרי' דהוי מתנה עמ"ש"כ אלא הוי ככל תנאי שבממון וקיים אבל במה ששעבד לו כל נכסיו אין בזה תנאי לבטל הסידור שלא היה בדעתו אלא נכסים הראויים לו ע"פ התורה עד שיזכיר בהדיא וכולי עכ"ל ואמאי לא אמרי' דמה ששעבדן בפי' היינו לגבות אפילו נכסים שאין ראויים לו ע"פ התורה כדאמרי' הכא דשעבוד בפי' לעפויי לגבות אפי' מיורשים שאין ראויים לו ע"פ התורה אלא נר' דס"ל דה"נ אינו גובה מיורשי' עד דאמר בהדיא בחיי ובמותי דאין בדעתו אלא נכסי' הראויים לו ע"פ התורה כדמשמע מדברי הטור שכ' ואם וכו' ואין מפורש בשטר שיגבה מטלטל' בין בחייו בין במותו וכולי

ומצאתי

ומצאתי בירושלמי בפ' אלמנה סוף הלכה א' ר' חגא בעא ש"מ שאמר יזונו בנותיו בלא כך אין בנותיו ניזונות לא צריכא דלא מהו שיזונו מן המשועבדין ומהו שיזונו מן המטלטלין עכ"ל ר"ל כיון דבנותיו ניזונות מנכסיו בתנאי בית דין מי אמרי' זה שלוה שיזונו בנת מתנת שכ"מ בא להוסיף שיזונו מהמשועבדים או מן המטלט' או לא אמרי' שבא להוסיף דבר אלא שחזר לחזק תנאי הכתובה דוקא וק' על הרשב"א שכתב דשעבוד בפי' לטפויי לגבות אף מהיורשים שאין ראוי לו ע"פ התורה ועי' בספר שמחת יו"ט סימן כ"ב ד' פ"א:

וראיתי להר"ן הובא בש"מ לבתרא דף כ"ט ע"א שכ' וז"ל וק"ל כיון דכתבי אינשי לישנא יתירה משום שופרא דשטרי דאע"ג דל"ל וכולי למה מודה ר"ע בזמן שא"ל חוץ מאלו שא"ן ליקח לי דרך וקי"ל נמי הכי נימא לשופרא דשטרא כתבי הכי וניחא ליה דכי אמרינן דשופרא דשטרא הוא ה"מ גבי לוקח דכיון דאתי לאפוקי מחזקת דמוכר אע"ג דל"ן לפרושי קמפרש בהדיא לפי שהוא חושש שאם יסתפקו ב"ד בדבר יעמידו בחזקת מוכר וחיים לב"ד דלא גמירי אבל מוכר שהוא מוחזק למאי חיים הרי אין הדבר תלוי שיהיו ב"ד טוענין כ"כ שיוציאו הדבר מחזקתו שלא כדין וכו' עכ"ל והרדב"ז ח"ב סי' פ"ז הביא דברי הר"ן הללו וכ' וז"ל וזה הכלל נכון הוא אלא דק"ל לישנא דגמר' דהמוכר את הבית דאמרי' האי מאן דמזבין ארעא לחבריה צריך למיכתב ליה קני לך דיקלין וכולי והא הכא דמוכר כ' ליה הכי אפ"ה אמרי' לשופרא דשטר' הוא ונדחק לתרץ ע"ש ונראה דלק"מ דאין חי' בין כתב מוכר ללוקח אלא מה שמכר ללוקח שהוא להוציא מחזקת המוכר אע"ג דלא צריך לפרש מפרש בהדיא לשופרא דשטר' לפי שהלוקח חושש לב"ד טועי' שיסתפקו בדבר ויעמידו בחזקת המוכר מספק אבל כשמשייר המוכר לעצמו דבר שא"ן שיור לא אמרי' לשופרא דשטרא דלא חיישי' לב"ד טועני' שיוצא הדבר מחזקתו וכ"כ הר' יונה בעליות הובא בש"מ לבתרא ד' ע"ח ע"ב גבי מכר חמור לא מכר כליו וז"ל ול"ש מכר לו את חמור בסתם ול"ש א"ל חמור וכליו לא קנה שק ודיסקיא אפי' בשעה שעונן עליו ואין אומרים לא לתנם א"ל חמור וכליו ולרבות שק וכו' ואע"פ שאמר דבר יתר דרך המוכר לפרוט הדברים שהוא מוכר והיינו דומה למ"ש בזמן שא"ל חוץ מאלו דא"ן ליקח לו דרך דדייקי' לישנא יתירה דהתם אין דרך המוכר לשייר והמוכר זקוק לשייר הדברים שאינם בכלל המכר אבל דרכו לפרוט הדברים שהוא מוכר וכו' עכ"ל הרי שכ' בהדיא דדרך המוכר לפרוט הדברים שהוא מוכר ולא מה שמשייר לעצמו וכ"כ עוד הר"ן הובא בש"מ ד' קכ"ה ע"ב והביאו מרן הב"י סי' רמ"ח גבי נכסי לך ואחריך מעכשיו לפ' עש"ב וא"כ ה"נ א"ל דדרך לפרוט הדברים שהוא משעבד ולא נשתעבדו לו אלא נכסים הראוים לו ע"פ התורה ולא יגבה מהיורשי' ומשדרין לו והרשב"א בתשו' אחרת הביאה מרן הב"י סס"י ס"א כ' דאין כח בידנו לדון לישנא יתירא לטפויי במקום שלא אמרו ע"פ וכ"כ בתשו' ח"א סימן אלף וב' ובח"ג סי' כ"ב גבי נאמנות לשופרא דשטרא דכתבי קני לך דקלין וכו' ע"ש והתימא עליו הכא דס"ל כששעבד מטלטלי' בפי' גובה מהיורשים משום דאי לחיוו ל"ן וכולי וכבר תמהו האחרונים מתשו' אחרת שהביא מרן הב"י ס"ס ע"ב וס"ס שע"ו שכתב דראובן שמשכן עלייתו לשמעון והתנו שאחר הזמן יהא רשות בידו לתבו' חובו או למשכנה או להשכירה למי שירצה וכו' תשו' שמורת הדין אפילו בלא תנאי יכול היה למשכנה או להשכירה לאחרים וכו' אבל עכשיו שנתן לו רשות התנאי מוסיף להשכירה לכל מי שירצה אפילו לשייעא גדולה וא"כ שלא נכתב התנאי לתוס' הענין אלא לשופרא דשטרא כדאמרי' בפ' המוכר את הבית לא היא וכולי ע"ש וה' פני משה ח"א סימן ס"א האריך והביא דברי הר"ן ותי' בזה תשו' הרשב"א דהתם כיון שהשכירה לזמן וקי"ל דשכירות ליומיה ממכר הוא א"כ אותו הקרקע' מהפרק שהשכירו לשוכר ההוא עד דמשלם זמניה ברשות שוכר קאי ומ"ש בתשו' אחרת דאין לדון לישנא יתירא במקו' שלא אמרו ה"ד בדבר שבא להקנות מחדש להוציא מרשו' הבעלים אבל מה נעשה למ"ש בתשו' על עשרה תלמידים ששכרו רב א' דמכח לישנא יתירא אמרי' לטפויי אתא אפי' כשמצא הרב לשכור תלמידים אחרים ולא מפסיד מידי ע"ש ותשו' הרשב"א שהביא מרן הב"י סס"י ע"ב וסס"י שע"ו היא בח"ב סי' ע"ר ודחה שם תי' זה דהר"ן בין משייר למוכר ונותן מדאמרי' בפרק י"ן תנו מאתים זוז לפ' כראוי לו נוטלין ונוטל את חובו הא מני ר"ע היא דאמר כל מילתא יתירא לטפויי אתא ע"ש ועוד דהרי הרשב"א בתשו' כ' דהא שעבד בפי' מטלטלין גובים אפי' מהיורשים משום דאי לאו ל"ן דמגיה אפי' מגלימא דעל כתפיה ועוד תירץ הרב דכל היכא דאיכא למילף מעין המאורע ומשכייתו של שטר אמרי' לישנא יתירא וכו' ולכך בתשו' עשרה תלמידים והואה דמשכן עלייתו לשמעון מאי דמרבינן מנייהו הוא מעין המאורע דעשרה תלמידים דחיובם הוא בהחלט בין ימצא הרב תלמידים ובין לא ימצא וכן ההיא דמשכן עלייתו וכולי מרבינן מניה אפילו לשייעא יותר גדולה הוא מעין המאורע עיין שם באורך והרדב"ז חלק שלישי סימן תקי"ח כתב דמהר"י קולון סדן כל לטפויי מילתא לאתויי מלתא אתא בענין אחר לא ראה תשובו' הרשב"ל ז"ל והנכון דלאוקומי במוגא אמרי' ולא לאפוקי ממונא וכן נר' מלבושו עיין שם ולא זכר תשו' הרשב"א אחרת הנר' דס"ל דדרשי' לישנא יתירא אפי' להוציא:

ד' אבל אם לא הניח אלא מטלטלין וכו' דמטלטלי דיתמי לא משעבדי לב"ח מן התורה וכ"ל טעמו משום דכתיב והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה משום דוקא הלוה עצמו דהיינו אשר אתה נושה בו הוא יוציא כי המטלטלים משועבדים לך בחייו אבל יורשיו אחריו א"ן להוציא העבוט שאין המטלטלין שירשו משועבדים לב"ח של אביהם הלבוש וה' שמחת יו"ט סימן מ"ד הק' דא"כ אמאי מקרקעי דיתמי מבתעבדי לב"ח מדאורייתא וכולי ע"ש והפשר דילפי' מדדרשי' בפ' כל הנשבעין שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין דע"כ מקרקעי דיתמי משתעבדי לב"ח ורב ושמואל דמוקמי ליה לדרשא אחרינא ס"ל דשעבודא לאו דאורייתא אבל למאי דקי"ל דש"ד מקרקעי דיתמי משתעבדי לב"ח מדאוריי' ומה שהביא הרב דברי הרשב"א בחי' לקמא דס"ל מטלטלי' דתמי דלא משתעבדי לב"ח אינו מדאורייתא רק מדרבנן היפך דברי הלבוש וכ' ולזה כוין הסמ"ע בסי' קי"ג עס"ב ולא זכר מ"ש הרמב"ם בפי"א מהל' מלוה דין ז' וז"ל אבל הבא ליפרע מן היורשים בין גדול ובין קטן לא יפרע מן המטלטלין וכו' שהמטלטלין אינם תחת השיעבוד ב"ח מן התורה עכ"ל וכ"כ הטור בסי' זה ע"ש הרי שכתב הרמב"ם והטור בהדיא כדברי הלבוש דמטלטלי דיתמי דלא משתעבדי לב"ח הוא מדאורייתא וכ"כ הריטב"א בחידושיו לקידושין די"ג ע"ב וז"ל ואומר רבי נר"ו דאע"ג דלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא כופין אותו ב"ד לפרוע חובו וכו' מדכתיב והאיש אשר אתה נושה בו וכולי דרמיא עליה רחמנא לפרוע ב"ח אבל גבי יורשיו ליכא מצוה דאורייתא

ממש דנושה דקרא דיוציא אליך בלוה גופיה כתיב תדע דההוא קרא במטלטלין הוא ואפ"ה קי"ל דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח ואפילו למ"ד שבו' דאורייתא ואלו מיניה דידיה גבי אפי' מגלימא דעל כתפיה אלא ודאי דההוא קרא ליתיה אלא בלוה גופיה ולא ביורשיו ומצוה בעלמא הוא דרמי' עליהו כדי שלא יהיה אביהם לוה רשע ולא ישלם ואם לא רצו לעשות אין כופין אותם בכך וכו' עכ"ל הרי דס"ל להריטב"א ורבו דאפילו למ"ד דש"ד מטלטלין דיתמי לא משתעבדי לב"ח מדאורייתא משום דקרא דיוציא אליך את העבוט בלוה עצמו קאמר ולא ביורשיו וכתב הפרישה דלאו דוקא קאמר דהא גם מדרבנן לא משתעבדי רק מתקנת הגאונים ואע"ג דקיי"ל יורש במקום מוריש קאי מ"מ הם לא לוו ואין עליהם אלא מצוה ועוד נר' דלא אמרו יורש במקום מוריש קאי אלא לאחר התקנה שיגבו מהם גם מטלטלין ע"ש ונר' דאפי' מדאוריי' קאמר דלא משתעבדי ולאפוקי מהרשב"א בתי' לקמא דס"ל דש"ד אף במטלטלין דיורשים ורבנן הוא דתקנו לא משתעבדי ע"ש וז"ל הרמ"ה בפ' ג"פ סימן קמ"ד ואי ק"ל לעולא דאמר ד"ת א' מלוה בשטר וא' מלוה ע"פ גובה מנכסי' משועבדים דש"ד ויליף לה מקראי א"ה אפי' מטלטלין נמי ליטרוף דהא קרא דיליף עולא מיניה במטלטלין קאי וכו' לא תק"ל דקסבר עולא דמדאוריית' ל"ש מלוה בשטר ול"ש מלוה ע"פ כי היכי דגבי מקרקעי משועבדים הם ה"נ גבי מטלטלין אפי' מן הלקוחו' וכ"ש מן היורשים ורבנן הוא דתקנו דלא ליטרוף מטלטלין ולקוחות כדפי' טעמא אבל ליורשים גבי ס"ל כר"נ דקאמר דמטלטלי דיתמי משתעבדי לכתובה וכ"ש לב"ח ולית הילכתא כותיה וכולי עכ"ל וק' דבש"פ המקבל תניא אר"נ וכי מאחר שהחזירם למה ממשכנים דשלא תהא שביעית משמטתו ולא יעשו מטלטלין אצל בניו ע"ש אלמא ס"ל לר"נ מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח ודוקא התם שלא יעשו מטלטלין אצל בניו משו' דקנה משכון והתוס' בכתובו' ד' פ"א ע"ב בד"ה ר"נ וכולי כ' בשם ר"ת פשיטא ליה דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח לר"נ ומיניה יליף ק"ו לכתובה ולא אר"נ לגבות כתובה מיתמי אלא מיניה ומיבם דהוי כמו מיניה וכ"כ מהר"ש בתשו' הארוכות סימן רס"ו עש"ב וכ"כ הרשב"א בתשו' חלק ב' סי' קס"ג וז"ל ועוד יש ראיה לדבריהם ממ"ש בברייתא' ביבמות וכולי יש מוכר אביו להגבות את אמו כתובתה וכולי ולא עוד אלא שנר' משם דמתנת שכ"מ גריעא טפי מירושה דאלו מטלטלי' דיתמי לא משתעבדי אפי' לב"ח לכ"ע ואלו הכא אמרי' לר"נ מוכר את אביו שנתן לו במתנת שכ"מ להגבות כתובת אמו וכו' ע"ש אבל הרשב"א בתשו' ח"ב סימן רכ"ב כ' דר"נ ס"ל דכתובה גובה אפילו ממטלטלים דיתמי אבל לא משתעבדי לב"ח ע"ש והוא היפך מ"ש בסימן קס"ג וכן ק' על הרשב"א דס"ל דהא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח היינו מדרבנן אבל מדאורייתא משתעבדי דהא מדר"נ דאמר לא ממשכנים שלא יעשו מטלטלין אצל בניו משמע דבעלמא מטלטלי לא משתעבדי לב"ח מדאורייתא ומ"ש הפרישה דלא אמרינן יורש במקום מוריש אלא לאחר התקנה ליתא דבש"פ הגוזל עצים אמרי' לענין מעשר בהמה דלוקח פטור אבל יורש חייב דלא חשיב שינוי רשות וכאלו הם ביד האב דמי וכן בפ' הגוזל ומאכיל ס"ל לרבא דרשות יורש לאו כרשות לוקח וקי"ל הכי :

ה' אבל אם לא הניח אלא מטלטלין וכו' כ' הרמ"ע בתשו' סי' ס"ז דחזקת בית או חנות שנוהגי' להשכיר ליהודים וכו' דבמשלם זמנייהו וכו' כיון למשכיר לסלק את השוכר אין נחשבים לשוכר אלא כדין מטלטלין שאין לו בגופו של קרק' כלום וכ"מ שאם הם של יתומי' לא משתעבדי לב"ח מדינא דגמר' וכו' ובאתרא דלא מסלקי המשכירים את היהודים חזינן אם יש כח למשכיר לסלק יהודי א' ולהושיב יהודי אחר אע"פ שאין יהודי זה רשאי או שיכול המשכיר או בניו אחריו להרבות בקצבת השכירות כרצונו ג"ז מטלטלין יחשב אך אם יש קצבה ידועה לשכירות שאינו יכול להוסיף עליו ולא להוציא ממנו יהודי זה ולהכניס בו יהודי אחר בין שהוא מחק המלכות ובין שהוא רק תנאי שביניהם מחק העולם כגון אלו שקורין ליויל כה"ג ודאי יש להם דין קרק' לכל מלי ע"ש מבואר דס"ל כיון שיכול המשכיר לסלק יהודי זה או להוסיף בשכירות דין מטלטלין יש להם ואם הם של יתומים לא משתעבדי לב"ח מדינא דגמ' אלא מתקנת הגאונים וכ"מ אם ירשו קרק' (א"ה עכ"מ וחבל על דאבדין וצ"ל דכוונת ר"ל דכ"מ אם ירשו קרק' וחזקה זו והיתומים רוצים להגבות לב"ח קרק' והוא רוצה לגבות חזקה כיון דחזקה זו הוי מטלטלין ולא משתעבדי לב"ח אלא מתקנת הגאונים הדין עם היורשים וכה"ג כ' הר' המחבר לעיל סעיף ג' לדעת הרא"ה דאפי' באפותיקי לא משתעבד לב"ח אלא מתקנת הגאונים הדין עם היורשים כנ"ל כוונת המחבר) :

ו' אבל מצוה לפרוע חוב אביהם וכו' דמצוה מדרבנן כמ"ש רש"י בכתובו' ד' צ"א ע"א ובעה"ת שש"א סי' ו' וז"ל והא דאמרי' מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם פי' מצוה דרבנן קאמר משום כבוד ול"ד לפריע' ב"ח מצוה דאיתא בפ' הכותב דקאמר לדידך דאמרת פריע' ב"ח מצוה וכו' ופירש"י דהא נמי מ"ע היא דכתיב הין צדק שיהא הין שלך צדק ובזה כיון שהוא מ"ע אם הלוה עובר ואינו רוצה לפרוע מכריחין אותו ומכין אותו עד שיפר' אבל מצוה דיתומים דליתא אלא מדרבנן לא כייפינן וכו' עכ"ל וגם התוס' בפ' הכותב שדחו פירש"י דאשכחן דכופין במצוה דרבנן כגון דמצוה לר"ה וכ' הטעם דאין כופין במצו' כבוד משום דמתן שכרה בצדה ע"ש נר' דמודה דהוי מצוה דרבנן וכ"כ מהריט"א בס' קהלת יעקב דף ק"ד ע"ד דלכ"ע הוי דרבנן ע"ש אבל הראב"ד בתשובה שכ' בעה"ת שש"א ח"ב סי' ב' הובא בב"י סי' ק"ד כתב דמצוה דאורייתא היא ע"ש ונר' דנ"מ אם יש על היורשים ג"כ חוב עצמם מצוה עליהם לפרוע חוב עצמם מלפרו' חוב אביהם דפריעת ב"ח מצוה דאורייתא היא. וכ"כ רש"י ובעה"ת מדכתיב הין צדק שיהא הין שלך צדק וכ"כ הר"ן בפ' הכותב וה"ר יונה והרא"ה והריטב"א בש' א"ז שם דחו פירש"י וכ' בשם הר"י מקורביל דעשה דידיה מדכתיב והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה וכ"כ הריטב"א בחי' לקידושין ד' י"ג בשם רבו ע"ש ודלא כהרדב"ז ח"ב סי' תר"י שכ' מדכתיב והשיב את הגזילה וכו' והלואה בכלל וכו' ע"ש וא"כ כיון דפריע' חוב אביהם מצוה דרבנן אם יש עליהם ג"כ חוב עצמם ואין להם נכסים אלא מה שהניח להם אביהם פורעים חוב עצמם ולא חוב אביהם אבל לדעת הראב"ד דלפרוע חוב אביהם נמי מצוה דאורייתא היא פורעין חוב אביהם שהוא מוקדם לחוב עצמם כמבואר בתשו' הראב"ד שם וז"ל ראובן לוה משמעון מנה וכו' ומת והניח קרקע שוה מנה לבנו חנוך ובא חנוך לאחר מיתת אביו ולוה עליו מנה וכו' דר"פ ס"ל כרבא דאמר ד"ת א' מלוה ע"פ וא' מלוה בשטר אינו גובה לא מן היורשי' ולא מן הלקוחות מ"ט שיעבודא לאו דאורייתא וכו' מעתה כיון שאין כאן שום שיעבוד ושניהם אינם מן התורה ועל שניהם מצוה מן התורה לפרו' הילכך המוקדם

שמוקדם הוא קודם ועוד וכו' ע"ש הרי דס"ל דכיון דשיעבו' לאו דאוריי' אלא דשניהם מלוה דאורייתא לפרו' לכך פורעין חוב אביהם שהוא מוקדם לחוב עצמם אבל לדעת רש"י ובעה"ת דפריעת חוב אביהם מלוה דרבנן היא אפי' לוה הבן אחר שמת האב אי ליכא שעבו' דאוריית' כגון מטלטלי' דלא משתעבדי לב"ח לפרוע חוב עצמם דמ"ע דאורייתא היא מלפרו' חוב אביהם ואינו אלא מלוה דרבנן וכה"ג כ' בעה"ת ש"א והובא בב"י סי' ל"ז וז"ל ויש מן הראשוני' שטעו ואמרו שאם קדמה האשה למלוה שתשבע ותטול והשיב להם הרי"ף שנשתבשו דאין לאשה מזונות וכו' ואף שהיא קודמת וכו' שטעם הדבר מפני ששעבודו של מלו' הוא מן התורה וכדעולא דאמר שעבו' דאורייתא ומזונות אשה ובנו' מדרבנן הילכך אתיא שעבוד דאוריית' ומבטל דרבנן והוצרכנו לכך באשה היושבת תחת בעלה וכו' ע"ש הרי דשעבוד' דאוריית' דוחה שעבוד דרבנן וכ"כ בשם חכמי לוניל דאפי' במלוה בשטר של חנוך קודמת למלוה ע"פ של ראובן בנכסי ראובן משום דשעבודא דאורייתא קדמה לשעבוד' דרבנן ע"ש אלמא ס"ל דמלוה בשטר של הבן אפי' היא מאוחרת למלוה ע"פ של האב כיון דמלו' בשטר ש"ד ומלוה ע"פ שעבוד' לאו דאורייתא מלו' בשט' של הבן קודמת למלו' ע"פ של האב וה"נ לדידן במטלט' פריעת חוב של הבן שהיא דאורייתא קודמת לשל האב שהיא דרבנן וכן מצאתי להרשב"א בתשו' ח"ג סי' קי"ד שכ' וז"ל ולפעמים אפי' מחמת שעבוד ב"ח דאביהם מוציאי' מידם וכו' וה"ד כגון שירשו מאביהם מטלטלין והיתומים גדולי' דהו"ל בני מעבד מלוה ושאין לאחרים עליהם חוב דאלו היה עליהם חוב מצד עצמם ודאי מלוה עליה' טפי לפרוע חובת עצמם מלפרו' חובת אביהם וכו' ע"ש וכ"כ בתשו' ח"ד סי' קנ"ב וז"ל וכ"מ ליתומים קטנים שאינם בני כפיה ולאו בני מיעבד מלוה וא"כ בגדולים כשיש חוב על עצמם דחיוב על עצמם דלא לישוו נפשיהו רשיעי טפי עדיף להו ומלוה בהם יותר משל אביהם וכו' ע"ש הרי דס"ל אע"ג דכופין את היורשים לפרו' חוב אביהם אם יש עליה' ג"כ חוב מלוה לפרו' חוב עצמם מלפרו' חוב אביה' וכן ראיתי למהר"ם אלשיך סי' י"ד שכ' תשו' הרשב"א ומזה למד דכיון שיש לו חוב כתובת אשתו מלוה טפי לפרו' חובו מלפרו' חוב כתובת אמו דהיינו חוב אביו ותמה ה' פני משה ד' קמ"א ע"ג סי' ע"ח דלא שייך זה בכתוב' דלא ניתנה לגבות מחיים וכ"ש דאפשר שלא תבא לידי גבייה לעולם ע"ש ונר' דה"ה מתנה שנתן אביהם שאין המקבל זוכה בה אלא מלוה לקיים דברי המת דלכ"ע כופין יורשי' אם יש על עצמם חוב מלוה לפרו' חוב עצמם מלקיי' דברי המת מה"ט דמלוה לקיים דברי המת מלוה דרבנן ואע"ג דכ' בש"מ לכתובות בפ' הכותב בשם ריב"ש לדע' רש"י לחלק בין מה שלוה המת בנכסיו שבזה חייבים יותר ממה משום כבוד אביהם הם חייבים מעצמם ע"ש וה"נ א"ל דחוב עצמם קודם לפרי' חוב אביהם דחייבים הם מעצמם משום כבוד אביהם אבל מה שלוה המת בנכסיו קודם לחוב עצמם מ"מ נר' אעפ"י שלוה המת בנכסיו כיון דאם קדמו ומכרו היורשים מה שעשו עשוי כדלקמן סי' רי"ב מקרי ממון היורשים ומלוה דאורייתא דידהו עדיפ' ומדברי הרשב"א משמ' דאפי' שניהם מלוה דאוריי' מלוה בהם יותר משל אביהם וכה"ג אמרי' בפ"ק דקידושין דכל דליכא אלא ה' סלעים לכ"ע הוא קודם לבנו מ"ט מלוה דגופיה עדיפא וכן פסקו הרמב"ם והטור ומרן בי"ד סי' ש"ה ע"ש ועמ"ש בסי' קי"ג ובזה ניחא מה שתמה המש"ל מה' מלוה בפי"א על הרשב"א דכופין היורשי' לפרוע חוב אביהם אמאי לא מהני תפיסה לאחר מיתה כדמוכח בפרק הכותב אי משום דליכא שעבוד אין יורדין לנכסיהם א"כ ברבית קצוצה דס"ל דליכא שעבוד נכסים ואין ב"ד יורדין לנכסיה' נאמר שלא תועיל לו תפיסה וכו' ע"ש דא"ל דבפ' הכותב איירי דאיכא חוב עצמם עדיף דמלוה בהם יותר משל אביהם דשל אביהם מלוה ולא כפייה ולכך לא מהני תפיסה דלאחר מיתה אבל יש להסתפק בבני בנים אם מלוה לפרוע חוב זקנם וה' בית דוד סי' ג' כ' ברבית קצוצה דאין חייבים היורשים להחזיר אלא דוקא אם הניח להם דבר מסויים משום כבוד אביהם דוקא אביהם ולא אבי אביהם משום דהא דחייבים להחזיר אינו אלא מדרבנן וא"כ דוקא אביהם ואפשר נמי אחיו הגדול שהוא מן התורה אבל אבי אביהם שאינו מן התורה לא ע"ש וא"כ ה"נ לפרוע חוב אביהם כיון דמלוה דרבנן היא דוקא אביהם ולא אבי אביהם אבל לדעת הראב"ד הוא הדין אבי אביהם אבל הא ליתא (א"ה עכ"מ) :

ז' אבל מלוה עליהם לפרו' וכולי כתב ה' בית דוד סימן ג' גם אם הניח אביהם רבית דבר מסויים דחייבין להחזיר מפני כבוד אביהם דהוי מדרבנן וא"כ דוקא אביו ואפשר נמי אחיו הגדול דחייבין בכבודו מן התורה אבל אבי אביו דאינו מן התורה לא ע"ש וא"כ הא דאמרי' בפ' מ"ש ד' קנ"ז ע"א בעי שמואל דאיקני קנה ומכר דאיקני קנה והוריש מאי אמר רב חנא ת"ש נפל הבית עליו ועל אביו וכו' ואי ס"ד דאיקני קנה ומכר דאיקני והוריש לא משתעבדי נהי נמי דהאב מת ברישא דאיקני הוא תרגמא מלוה על היתומים לפרו' חובת אביהם וכו' וכ' רשב"ם וז"ל ולא משום שכ' לו דאיקני הוא וגבי קנה ומכר לא משתעבד אלא גבי יורשי' משום מלוה ואפי' לא כתב דאיקני משתעבד יורש למלוה משום מלוה על היתומים ע"ש משמע דביורשים ליכא בעיא דלא נסתרה הבעיא אלא בקנה או מכר אבל גבי יורשי' ליכא בעיא ומלוה וכו' אבל ראיתי להרמ"ה שם סי' קס"ג שכ' וז"ל וטעמא דמתני' משום דמלוה על היתומים לפרוע חובת אביהם משום כבודו מנכסיו וכו' אבל לגבי מכר ומתנה ושאר יורשים דליתיה לה"ט לא וכו' ע"ש (א"ה עכ"מ) :

ח' אבל הגאונים תקנו וכו' ראובן שהפקיד כלי ביד שמעון בלא עדים וכשתבעו ממנו השיב שמעון מנה לי ביד אביך ואני מחזיק בכלי זה על אותה מנה אם ירש מאביו בין קרק' בין מטלטלין כמו שהיה יכול לומר בכלי שהפקיד בידו בלא עדים וראיה יש לי בידך כנגדו כו"ך כך יכול לומר ליורש ואי משום דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי לב"ח כבר תקנו הגאונים לגבות מהם הרשב"א בתשו' ח"ד סימן ה' ע"ש ומהרש"ך ח"ב סימן ס"ד וקע"ו כ' דאם הנכסים שבאו ליד המלוה הם שהניח הלוה נאמן ואם הם נכסים של בן הלוה עצמו או מעות שמכר מנכסי אביו אינו יכול לעכב דקי"ל דמה שתקנו הגאונים לגבות ממטל' דיתמי ה"ד בעוד שהם בידם אבל אם מכרו לא והביאו הכנה"ג בסי' ע' הגב"י אות ג' ע"ש ומדברי הרשב"א משמע דאפי' הכלי של הבן ולא הניחו הלוה יכול לעכבו על חוב אביו אע"ג דהוא ס"ל דאם מכר אפי' קרק' אינו גובה מן הדמים כמ"ש ר' ירוחם בשמו וכ"כ במיוחסות סי' מ"ט ע"ש וכן ראיתי בשו"ת מהר"ם בן חסון בס' משפטים ישרים סימן כ"ד שהביא ראיה מתשו' הריב"ש דיכול לתפוס מטלטלין של הבן עד שיפרע חוב של אביו אם ירש הבן ממנו עיין שם ועיין בהכנה"ג סי' זה הגב"י אות ל"ח :

ט' כתב הרדב"ז ח"ג סי' תק"ה דלא תקנו הגאונים אלא

אלא שלא תגעול דלת בפני לווים או כתובת אשה ולא בשאלה וכל שכן בגזל או היזק ממון חבירו וכן כתב הריטב"א בפ' אלו נערות ושכן גר' דעת הרמב"ם אבל עמד בדין וזקפן עליו במלוה הרי הוא בכלל תקנת הגאוני' דנשתעבדו מטלטלין דיתמי ואף על גב דעיקר המלוה גזל כדי שלא תחלוק בכל מיני מלוה עיין שם וכן דעת ר' אפרים כמבוא' בס' התמ"ד סימן ס"ח ד' ע"ז ובהרא"ש פ"ק דבת' ע"ש מיהו תימא על הרדב"ז שלא ראה מ"ש הטור בסימן ננ"א וז"ל ואם הניח להם אחריות נכסים או מטלטלין האידנא חייבי' לשלם וכן ני' המ"מ בהרמב"ם הניח להם נכסים הובא בב"י וכו' שם הטעם דלפי תקנת הגאונים אין חי' בין מטלטלין לקרקעות וע"ש בהסמ"ע והש"ך ס"ק ה' וכ"כ בש"מ לכתובות דף ל"ד על דברי הריטב"א וכ"כ ה' המאירי הובא בס' ת"ז לקמא וז"ל מת המזיק וכו' והאידנא דתקנו הגאונים לגבות מטלט' דיתמי גובה ממטלטלין דיתמי להרי"ף ולהרמב"ם והר' תלמיד הרי"ף חולק וכולי ואין דבריו נראי' ומשמע דה"ה בגזל והזיק וכן מלאתי להרמב"ן בס' הזכות ד' ל"א ע"ג שכ' בין בכתובה בין בב"ח בין בנזיקן בכל עשו מטלטלין של יתומים כקרק' לענין שעבוד ע"ש וכן פסקו הטור ומרן בסימן ת"ט דין ג' ע"ש ועין בתשו' שמים ראש סימן שכ"ו שכ' דחייבי' הם בגזל וכו' ע"ש ועי' בהש"ך סי' ק"ח ס"ק כ"ב:

יו"ד כתב מהרימ"ט ח"ד סי' ה' על ש"ת שהקדישו בעליו בל' זה אני מקדים ס"ת זה ע"מ שיהיה לי רשות להוליכו עמי לכל מקום שאלך ומה יש להסתפק אם יש זכות ליורשים אחריו להוליכו למקום שירצו או לא דהא דתניא בפ' מי שאחזו ה"ז גיטך ע"מ שתתן לי מאתים זוז ומת דרבנן ס"ל לי ולא ליורשיו אפשר דוקא גבי גט דלצעורה קא מיכוון וקפידא הוא לי ולא ליורשיו אבל הכא לרווחא קא מכוין ולי אפי' ליורשיו קאמר עש"ב ועי' בה' מח"א בה' זכיה ומתנה סימן כ"ב דאי אמרי' לרווחא התנה כל שמת לא יתן ליורשיו כלל עש"ב והעיקר דגם במתנה כמי אמרינן לי ולא ליורשיו וז"ל הריטב"א בס' א"ז למציעא בפ' הרבית והא דקתני אם אין נותן לי מכאן ועד חמשים יום הרי אלו שלי יש שפי' שאם מת א' מהם שוב אינו יכול לקיים תנאו וזכה הלוקח בקרק' דאתיא ולא לייבביך ולי ולא ליורשי משמ' כדאמרי' בנותן גט לאשתו ע"מ שתתן לי ר' זוז וכו' הרמ"ה ואין זה נכון ח"ה שלא נאמרו דברים הללו אלא בנותן גט או בנותן מתנה דמדעת יהיב ומגרש דילמא קפיד על תנאי שאינו רוצה לגרש או לתת מתנה אלא באותו לבון אבל כאן וכו' וכן דעת רבותי והביאו מרן בסימן ר"ז בב"ה ע"ש ודברי הרמ"ה בתשו' סי' רמ"ב הם במתנה אלמא במתנה נמי דלרווחא קא מכוין אמרינן לי ולא ליורשיו והרשב"א בתשו' סי' אלף ובח"ב סי' רס"א כ' בנותן מתנה ע"מ להחזיר לי דלמ"ד בע"מ שתתן לי דנותן ליורשיו דלי וליורשיו משמע דה"נ מחזיר ליורשיו וכ' הכנה"ג בסימן ר"ז נר' מדבריו דס"ל דהל' כרשב"ג דהל"כ מה ל"ל דלמ"ד וכו' כיון דאין הלכה כן ויש לתמוה דבתשו' שהביא מרן הב"י סי' זה מבואר דפסק כרבנן ע"ש וה' מבאת מבה בבניות סי' י"ט כ' דלא דייקי' לי ולא ליורשיו אלא גבי גט דלצעורה קא מכוין אבל גבי הטבה דלהנאת מוכר הוי לא כמ"ש המבי"ט והכריח כן מתשו' הרשב"א זו דבמתנה ע"מ להחזיר כיון שהתנאי היה להנאת הנותן לו וליורשיו קאמר ע"ש וזה כתי' מהרימ"ט אבל הרשב"א שכתב ולמ"ד וכו' משמע דלמ"ד התם לי ולא ליורשיו ה"נ דטובת וכ"כ בעה"ת סוף ש"ב דמתנה ע"מ להחזיר אם מת הנותן מחזיר המקבל ליורשיו אם לא אמר לי אבל אם אמר לי משמע לי ולא ליורשיו כדאיתא בפרק מי שאחזו ולא קיים התנאי ע"ש אלמא אפי' התנאי להנאת הנותן אמרי' לי ולא ליורשיו אבל יש להסתפק אי אמרי' לי ולא לב"ח והרשב"ם בתשו' סי' י"ג כ' דאם אמר לך ולא ליורשך דוקא להם ולא לב"ח כדאמרי' בפ"ק דקידושין גבי הענקת עבד דאין הב"ח גובה ממנו מדכתיב הענק תעניק לו ולא לב"ח ואפ' דה"ד לך ולא ליורשך אבל בע"מ שתתן לי לכ"ע לי ואפי' לב"ח דש"ס הרוצה איכא דפורע חובו ומהרימ"ט בתשו' כ' דספק זה שייך בפלוגתא דטובת הנאה אי הוי ממון נר' דלא שייך בפלוגת' דרשב"ג ורבנן דכ"ע לי ואפי' לב"ח וכ' מהרימ"ט מיהו נ"ל דלענין שעבוד והקנאה לא חשיב ממון דטובת הנאה לא מתפסה וא"כ יחול עליה שעבוד והקנאה ומנא אמינא לה מדאשכחן לרבא גופיה בפ"ק דמציעא גבי עישור שאני עתיד להפרים וכו' דפריך וכי לא היה להם סודר לקנות ממנו בחליפין אלא טובת הנאה איכא ממון לקנות בחליפין ה"נ טובת הנאה איכא ממון לקנות ע"ג קרק' ורבא מסיק בנדרים דטובת הנאה ממון אלא מוכח דאע"ג דטובת הנאה חשיבא ממון לענין נדרים ולענין קידושין דהנאה קפיד והא נמי הנאה היא מ"מ איכא חשיבה ממון להקנותה בק"ס ולא באגב דאין בה ממש עש"ב ולא ראה מ"ש מהר"ם בתשו' האחרונו' סי' רפ"ו ובקלרות סימן פ"ז וז"ל ואשר בתלת על ב' זקוקין שטוען שמעין שנתן לו להרוית בהם וכו' נר' אם שמעון אמר שנדר לצדקה אך אינו רוצה שיהיו עוד תחת יד ראובן והוא בעצמו רוצה לחלק אז א"נ ראובן להחזיר לו או לישבע על ככה שהוא כדבריו דלכאורה הלכה טובת הנאה איכא ממון כדעולא ורב אסי וכולי ואע"ג דרבא בתרא הוא דמוקי מתני' בפ"ב דנדרים דטובת הנאה ממון היינו משום דבעי לאוקמא בחד תנא נשום דק"ל ריפא לסיפא מיהו רבא דילמא איהו גופיה דס"ל דטובת הנאה איכא ממון וכן משמע בפ"ק דמציעא דר"ג וזקנים שהיו באים בספינה מיהו יש לדחות במאי אל בא דעולא קאמר וכו' עכ"ל וגר' דס"ל דאין חי' בין נדרים לדעלמא דלמ"ד טובת הנאה איכא ממון במודר הנאה נמי מותר ולמ"ד טובת הנאה חשיבא ממון נקנין בק"ס ובאגב וז"ש ואע"ג דרבא מוקי מתני' דטובת הנאה ממון היינו משום דבעי לאוקמא בחד תנא אבל הוא גופיה אפ' דסובר להלכה דטובת הנאה איכא ממון וכן משמ' בפ"ק דמצי' דאמר רבא טובת הנא' איכא ממון לקנות ממנו או ע"ג קרקע אלמא רבא ס"ל דטובת הנאה איכא ממון דלמ"ד טובת הנאה חשיבא ממון מקניא בחליפין ובאגב וא"כ ע"כ בנדרים דמוקי מתני' בהכי וליה לא ס"ל מיהו יש לדחות דשמא רבא פ"ק דמציעא אליבא דעולא קאמר משום דהך קושיא לעולא היא ועולא גופיה ס"ל דטובת הנאה איכא ממון אבל רבא גופיה ס"ל דטובת הנאה ממון וא"כ נקנין בק"ס ואגב קרקע והש"ך בסימן ס"ן נדחק בדברי מהר"ם ובתשו' הקלרות מבואר כוונתו כמ"ש אבל הרמב"ם בפ"ה מה' איסות פסק דהמקדש בתרומות ומעשרו' אינה מקודשת משום דטובת הנאה אינה ממון ובפ"ה מה' נדרים כ' דטובת הנאה ממון וכבר כ' מרן הכ"מ בסס ר"מ בר' שמעון המעילי דיש לחלק בין טובת הנאה דמודר לטובת הנאה דעלמא וכ"כ ה' המאירי בסי' נדרים שלו ע"ש הטעם ולפ"ז א"ש דרבא ס"ל בעלמא טובת הנאה אינה ממון ודוקא במודר הנאה ס"ל דחשיבא ממון ומ"מ הרי הרמב"ם ומהר"ם ס"ל דקי"ל דטובת הנאה אינה ממון

וכ"ל

וכ"כ עוד מהר"ש בתשו' המיו' דשייכי לס' נזקין סי' ה' וז"ל ועוד יכול להיות בנדון זה כיון דלית להו לבעלים במעשר עני של כספים אלא טובת הנאה בעלמא לא חשיב כדעת אחרת מקנה אלא כמו מציאה הוי כדקי"ל ספ"ק דקידושין טובת הנאה אינה ממון וכו' ומטעם זה דפי' אם ראובן יתן לבניו של שמעון הסמוכים על שלחנו במתנה ע"מ שאין לאביהם רשות וכולי לא מהני תנאה מידי כיון דטובת הנאה אינה ממון לא מלי מתני ומבטל תנאי וכו' ע"ש הרי דס"ל דקי"ל דטובת הנאה אינה ממון ובכה"ג במציאה דמציאת קטן לאביו ולא מהני תנאי אבל דעת הריטב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סימן ל"ז ס"ל דטובת הנאה ממון שכן פסקו ר"ח והרמב"ן ע"ש וכ"כ הרשב"א בתשו' סימן תקס"ג וז"ל וכן אם המקדים עשה שליח ליתן לכל מי שירצה אינו יכול להעיד דנוגע בעדות הוא דטובת הנאה שלו כדקי"ל דטובת הנאה ממון וכדמסי' בנדרים וכולי הרי שכתב דקיימא לן טובת הנאה ממון כדאמר רבא בנדרים דס"ל דאין חי' בין נדרים לדעלמא ורבא דאמר בפ"ק דמליעא דטובת הנאה אינה ממון ואינה נקנית בק"ס או בא"ג אפשר דסובר הרשב"א דאליבא דעולא קאמר כמ"ש מהר"ס או דס"ל דוקא לענין קנין חליפין ואגב קרקע הוא דאמר רבא אינה ממון כמי' מהרימ"ט וכן ראיתי להר"ב בס' א"ז למליעא שכ"כ בשם רבו מדאמרי' טובת הנאה ממון לקנות בחליפין ולא אמר טובת הנאה ממון ואינה נקנית בחליפין עס"ב והכנה"ג חי"ד סימן של"א אות מ"ג כ' דמדברי מרן בח"מ סימן פ"ז של"ה יש לדקדק דס"ל דטובת הנאה אינה ממון וכ"כ מדברי מור"ס בסימן ל"ז ס"ט וכן פסק בפי' בסי' ר"ג ס"א דטובת הנאה אינה ממון ואינה נקנית בחליפין והנא מדברי הגמ"ר עיין שם ונראה דמדברי מרן בסימן פ"ז לאו ראיה גמורה דמבואר בתשו' מהר"ס והמרדכי דאפי' למ"ד טובת הנאה ממון לא נתקנה שבוע' היסת עליה עיין שם וכן מדברי הגמ"ר ומור"ס בסי' ר"ג יש לדחות דדוקא לענין הקנאה ס"ל הכי אבל בעלמא הנאה היא וחשיבא ממון כמי' מהרימ"ט והר"ב בשם רבו אבל בסי' ל"ז משמע שתפס כמ"ד טובת הנאה אינה ממון וכ"כ בשס"י רע"ו דאין היורשים יורשים דבר שאין בו ממש או טובת הנאה שאינה ממון והוא מדברי מהריק"ו שורש קס"א ומהר"ס מפדאוה סי' ס"ה וכן הסכים הש"ך בסי' ס"ן עס"ב וא"כ ה"נ לא נשתעבד לב"ח וכן פסק מהריט"ץ סימן ר"י בכ"ד דאין זה ממון דקי"ל טובת הנאה אינה ממון ואין הב"ח תופס ולא הבן יורש עיין שם וה' מעשה חייא סימן ז' כ' דאפילו למ"ד טובת הנאה ממון לא נשתעבד לב"ח דלא מיקרו נכסיו ולא היורש יורשה ע"ש:

י"א אפי' קנאם הלוה אחר שלוה ולא כתב דאיקני וכולי כ"כ בעה"ת שמ"ג חלק ד' סימן ג' בשם גאון וז"ל דשטרא דלא כתיב ביה דאקני ולוה וקנה והוריש דמשתעבד דומיא דמטלטלי דיתמי דלית להו שעבודא והאידנא תקנו דמשתעבדי וכי קמ"ל לשמואל דאקני קנה והוריש מהו וכולי אליבא דידיה דסבר מלוה ע"פ אינה גובה מן היורשים קמ"ל אבל אנן דקיימא לן דמלוה ע"פ גובה מן היורשים וכולי לגבי יורש דאע"ג דלא כתיב ביה דאקני לא מעלה ולא מוריד עכ"ל מבואר דס"ל דאם לא כתב דאקני דינו כמלוה על פה ושמואל משום דס"ל דמלוה על פה אינה גובה מן היורשים מ"ל בקנה והוריש מהו כדמוכח בפ' מ"ש דמייתי מדתנן כפל הבית עליו ועל אביו וכולי ואס"ד דאקני קנה והוריש לא משתעבדי נהי נמי דמת אב ברישא דאקני הוא אר"כ מלוה על היתומי' לפרוע חובת אביהם מתקיף לה ר"א מלוה על פה היא ורב ושמואל דאמרי תרויהו מלוה על פה וכולי אלא הא מני ר"מ היא וכולי משמע דלדידן דמלוה על פה גובה מן היורשים ה"נ אם קנה והוריש גובה מן היורשים אפי' לא כתב דאקני כמ"ש רשב"ס שם וכ"כ הר' יונה הובא בש"מ לבתרא דף מ"ד עמוד שני וזה לשונו דקיימא לן מלוה על פה גובה מן היורשים כן אמרינן נמי דאקני קנה והוריש קנה דלגבי נכסי דקנה לוה בתר הלואה הו"ל כמלוה על פה וכולי ואי מיית גבי מיתמי דמלוה על היתומים לפרוע חובת אביהם והכי מוכח בהדיא בפרק מ"ש וכולי וקיימא לן דאקני קנה ומכר משתעבד והיכא דלא כתב ליה דאקני אינו גובה מן הלקוחות נכסים שקנו אחר הלואה אבל מן היורשים אעפ"י שלא כתב לו דאקני כלל מידי דהוה דמלוה על פה וכולי ומיהו נראה דלא גבי אלא מן היתומים גדולים ומשום דמלוה על היתומים לפרוע חובת אביהם ממקרקעי דאביהם כיון דקנאם אביהם ונשתעבדו למלוה דאלו תורת שיעבוד אין שם כיון דלא כתב מלוה דאקני לא בשטר ולא בע"פ הילכך אינו גובה מיתומים קטנים דלאו בני מעבד מלוה נינהו וכו' עכ"ל הרי דס"ל דמה שקנה הלוה אחר הלואה דינו כמלוה על פה ולדידן דמלוה על פה גובה מן היורשים ה"נ אפילו לא כתב דאקני גובה מיורשים גדולים משום דמלוה עליהם לפרוע חובת אביהם אבל מיורשים קטנים דלאו בני מעבד מלוה נינהו אינו גובה מהם והמש"ל בפרק כ"א מהלכו' מלוה בתשו' נדחק דט"ס יש בדברי הגאון ותרי טעמי יהיב למילתיה חדא משום תקנת הגאונים דומיא דמטלטלי דיתמי דלא משתעבדי והאידנא תקנו דמשתעבדי ועוד אעיקרא דדינא מ"ל לשמואל וכולי וא"כ מדינא נמי לוה וקנה והוריש משתעבד עיין שם וליתא דנראה לי פשוט דהגאון ס"ל דלוה קנה והוריש אינו גובה מדין שעבוד דהא דקיימא לן שעבודא דאורייתא היינו בנכסי' שאין לו בשעת הלואה דנשתעבדו לו מן התורה כיון דאיתנהו ברשותיה אבל נכסים שקנה אחר הלואה אפילו כתב לו דאקני לא משתעבד מדאורייתא דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו אלא מדרבנן משום נעילת דלת כמ"ש רשב"ס בפרק מ"ש וא"כ אם לא כתב לו דאיקני אינו גובה מן היורשים משום שעבוד וכבר כתבתי דברי ה"ר יונה דס"ל הכי וא"כ טעם א' קאמר הגאון דתקנו הגאונים שישתעבדו מקרקעי שקנה אחר ההלואה דומיא דמטלטלין דבלא"ה מלוה לפרוע חובת אביהם דהלו לשמואל דאינו גובה מן היורשים כלל לא תקנו שיעבוד וכן משמע מדברי ר"ח לפי' מרן הב"י דאחר תקנת הגאונים קאמר כיון דמלוה לפרו' חוב אביהם ומלאתי בתשו' מהר"ס האחרונות סי' רנ"ח שכתב וז"ל מיהו והו"אל דקיימא לן פריעת ב"ח מלוה וכופין כדאמרינן בפרק הכותב מכין אותו עד שתצא נפשו גדולים נמי בהאי דינא קיימי דהא בני מעבד מלוה נינהו דל"ל דוקא לוה גופיה דאתא הנאה לידיה אבל יורשי לא דה"מ למ"ד דמלוה על פה אינה גובה מהיורשים כדאמרינן בפ' מ"ש גבי כפל הבית וכולי אבל מ"ד מלוה על פה גובה מהיורשים הו"ל יורשים כב"ח גופיה דאמרי' מניה אפילו מגלימא דעל כתפיה משום נעילת דלת והא דאמרינן ובלבד שירשו קרקע היינו בקטנים כדפי' אבל מגדולים אפילו ממטלטלין דידהו גובה דבמקום אב קיימו וכולי עכ"ל הרי דס"ל דאפילו מטלטלין גובה מהיורשים גדולים דבמקום אב קיימי ובזה א"ש הא דתניא בפ' כל הנשבעין שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים דאי בדלית להו קרק' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ת

ואי

ואי בהנית להם קרק' תקנו שישתעבדו הא קיי"ל דאין נשבעי' על כפירת שעבוד קרקעות ולדברי מהר"ם א"ש דמטלטלין דיורשים גדולים משתעבדי במקום אב קיימי אבל הריב"ש בסימן של"ב כתב בשם הרמב"ן שהתקנה דוקא במטלטלין שהיו בשעה שלוה אבל במטלטלין שקנה אחר מכאן לא דלא עדיף מקרקעות שאין ב"ח גובה מהם מן היתומים אלא כשכתב לו דאקני וכולי עיין שם וז"ל הרמ"ה בפרק מ"ש סימן קס"ו אבל לדידן דס"ל דמלוה על פה נמי איכא שעבודא דאורייתא הכא גבי לוה וא"ח"ך קנה היכא דלא כתב ליה דאקני אע"ג דכתב ליה שטרא כמלוה על פה נמי לא הוי וטעמא דמלתא דמלוה ע"פ כיון דהוו הני נכסי הוו ברשותיה דלוה בשעת הלואה משתעבדי ליה מדאורייתא וכולי כיון דשעבודא דאורייתא גבי מהיורשי' אבל הכא כיון דהני נכסי לא הוו ברשותיה דלוה בשעת הלואה אישתכח דליכא שיעבודא כלל לא במלוה בשטר ולא במלוה על פה אלא. הו"ל הני נכסי לגבי האב מלוה על פה כמטלטלין דעלמא לא משתעבדי לב"ח משתמא אלא כ"כ דקיימי ברשותיה דלוה ואי מיית לא גבי להו מהיורשים וכולי עכ"ל ובפ' ח"ה סימן קכ"ד כתב וז"ל והשתא דתקנו רבנן בתראי לבעל חוב למגבי מטלטלין דיתמי וכולי דוקא דקנה ולוה אבל בלוה וא"ח"ך קנה כיון דבמקרקעי לא עבוד תקנתא לאשתעבודי בסתמא כל שכן במטלטלין דא"כ נמצא כח יפה במטלטלין יותר ממקרקעי ואדרבה איפכא מסתברא אלא ל"ש מקרקעי ול"ש מטלט' היכא דלוה וא"ח"ך קנה לא גבי אלא בדינא דגמרא וכן הדעת נוטה עכ"ל הרי דס"ל דמתקנת הגאונים נמי אינו גובה מהיורשים נכסים שקנה אחר הלואה אם לא כתב דאקני ואפשר להגיה בהריב"ש הרמ"ה במקום הרמב"ן מיהו מדברי בעה"ת שמ"ג ח"ד סימן ט"ו בשם הרמב"ן שכתב דאין בעל חוב נוטל מנכסים שנפלו ללוה אחר מיתתו משום דראוי הוא ואע"ג דכתב ליה דאקני וכולי משמע דס"ל דאם לא כתב לו דאקני בלא"ה אינו גובה מהיורשים בלא טעמא דראוי וכן מצאתי להרמב"ן במלחמו' בפרק קמא דב"ק גבי ב' אחין שחלקו א' נוטל קרקע וא' כספים שכתב וז"ל ועוד אפי' בתר תקנתא לא משכחת דגבי ב"ח כספים מיורש אלא א"כ הו"ל לאביהם בשעת הלואה וכולי ע"ש וה' כתובות משפט ד' י"ט ר"ל דאפי' למ"ד דהיורשי' משתעבדי בלא דאקני ה"ד נכסים שקנה לוה בחייו אחר שלוה דאחר שנשתעבדו לב"ח בחייו לא פקע שעבודיהו אבל הנכסים שנפלו ללוה אחר מיתתו שמעולם לא נשתעבדו לב"ח בחייו לכ"ע אינו גובה מהיורשי' בלא דאקני וכן משמע מדברי הראב"ד שכתב בעה"ת וז"ל כיון דמשתעבד ליה מחיים דאבוהון כדאמרי' מיניה אפילו מגלימא דאכתפיה מיתמי נמי גבי ליה וכולי אבל מצאתי לבעה"ת שמ"ח ח"ג גבי נפל הבית עליו ועל אביו וכולי שכתב וז"ל והא מלתא כדכתב דאקני מיירי דאלת"ה אמאי ליגבי מיורשים למאן דס"ל דלוה והורים לא משתעבד בלא דאקני עכ"ל הרי דדוקא למ"ד לוה והורים לא משתעבדי בלא דאקני הוא דבעי' הכא דאקני אבל למ"ד דלוה והורים משתעבדי בלא דאקני ה"נ לא בעי' דאקני אע"ג שנפלו לו נכסים אחר מותו ע"ש וכבר תמה עליו המס"ל בפ' כ"א מה' מלוה כתבו' שם דבעה"ת קאי על טענת בעל חוב והאבא שאומרים מת האב א' וא"ח"ך מת הבן וזכה הבן בנכסיו של אביו בחייו למ"ד לוה והוריש משתעבדי בלא דאקני ה"נ לא בעי דאקני עש"ב ומיהו נ"ל ראיה מהפרשי' בס' פ' מ"ש אההיא דנפל הבית עליו וכולי והס"ד לא מלי אמר מכח אבוה דאבוה קאתינא כי מת הבן וא"ח"ך מת האב מאי הוי נימא להו בעל חוב ירושת אבוהון קא שקלי' ע"ש וא"א דהנכסים שנפלו אחר מיתה דלא נשתעבדו בחייו אין ב"ח גובה מהם לכ"ע ולמ"ד לוה והורים משתעבד מתני' מיירי בדלא כ' דאקני מאי ק"ו הא טעמא דמתני' משום דמלוה על פה אינו גובה מהיורשים כשלא נשתעבדו בחייו אלא ודאי דלמ"ד לוה והורים משתעבד אפילו נפלו הנכסים אחר מיתה גובה מהיורשים אי לאו משום דמכח אבוה דאבוה קאתינא וסו"ר לה' שער המלך בפרק כ"א מה' מלוה שהביא ראיה זו :

י"ב בפ' הרבית אמרי' דמשכנת' באתרא דמסלק אין ב"ח גובה ממנה מיורשי לוה והזכירה הטור בי"ד סי' קע"ב וכ' הש"ך שם ס"ק כ"ז דמרן לא הזכירו בשום מקום משום דה"ד לדינא דגמרא דמטלטלי דיתמי לא משתע' לב"ח אבל בזה"ז דגובה ממטלטלין אין נפקותא בזה ע"ש וכה"ג תמה מרן בא"ה סי' ק"ה על הטור שכ' כיצד ראובן שמכר שדה. לשמעון באחריות וכו' דבזה"ז לא נ"מ מדי וכן כתב הב"ח שם דלכך השמיטו הרי"ף ע"ש וכן מצאתי להרמב"ן בס' הזכות שכ"כ טעם הרי"ף ע"ש אך קשה שהרי כתב מרן בסי' ל"ז סט"ז גבי משכון ואע"פ שלריך להחזירו מועיל לו שלא יעשה מטלטלין אלל בניו אלא יפר' מהמשכון אחר שמת הלוה וכת' הסמ"ע שם דגם לאחר תקנת הגאונים יש נ"מ בזה כמ"ש בסי' ק"ז ע"ש והיינו דאם היורשים רוצים לגבות לב"ח קרקע והוא רוצה לגבו' ממשכון הדין עמו כיון שהמשכון נשתעבד לו מדינא דאב לא נשתעבד לו אלא מתקנת הגאוני' יכולי' היורשי' לסלקו בקרקע וכן אם מכרו היורשים המטלטלין אפי' לדעת רב האי אינו גובה מהדמים שביד היתומים דלא תקנו הגאונים אלא בעודם ביד היורשים אבל אם קדמו ומכרו אותם אוקמא אדין תורה כמ"ש הטור בסי' זה והביאו הסמ"ע ס"ק ט"ו ע"ש אבל במשכון שנשתעבדו מדינא אפי' קדמו היורשים ומכרו אותו גובה מהדמים שביד היתומים לדעת רב האי ואם כן הו"ל למרן להזכיר דין משכנתא באתרא דמסלקי אין ב"ח גובה ממנה אלא מתקנת הגאונים דיש נ"מ כמ"ש וכן ק' על הסמ"ע בסי' ק"ה ס"ק ו' שכתב וז"ל בטור כ' עוד כגון שתפס בשעת חליו וכדי שלא יעש' מטלטלין אלל בניו והמחבר השמיטו מפני שבזה"ז גובה מתקנת חכמים מטלטלי היורשים עכ"ל שהרי מרן בסי' ל"ז כתב גבי משכון אף ע"פ שלריך להחזירו מועיל לו שלא יעשה מטלטלין אלל בניו וכ' הסמ"ע גופיה דגם לאחר התקנה יש נ"מ בזה וא"כ הו"ל דין התופס לב"ח בתפ' בשעת חליו דמוהני תפיסתו גם בזה"ז וכ"כ הב"ח שם :

י"ג מגולוה שהיתה של אביהם וכו' וה"ה שהב"ח יכול להוליא מדר"נ כמ"ש הש"ך ע"ב

ובש"מ לקמא ד' מ' כ' בשם ה' המאירי וז"ל יש שואלי' בשמועה זו וכי מה הולרכנו ללמוד דבר זה מדר"ן וכי עד שלא בא ר"נ לא היינו יודעי' שנכסי הלוה כולם משועבדי' למלוה וכל מה שמשועבד ללוה בכלל נכסיו וכו' ופי' חכמי הדור שלא הולרכנו לזה אלא בזמן שמת לוה ונפלו נכסי' לפני יתומים שאין נכסי יתומים משועבדים לב"ח ושמענו מכאן שמה שזה היה חייב לאביהם אינו בכלל נכסי יתומי' שהרי כמו שמשועבד לזה משתעבד לזה עכ"ל מבוא' דס"ל דגם לפי הדין דאין נכסי היתומים משועבדים לב"ח גוב' מזה שחייב לאביהם מדר"נ אבל הרמב"ן בס' הזכות סי' ל"א כ' וז"ל ואע"פ שאינו גובה בראוי גובה הוא במלוה כדאמרי' יתומים שגבו קרק' בחובת אביהם ב"ח חוז' וגוב' אותה מהם והטעם וכו' אלא שאם גבו מעות אין לו דאפי'

ממטלטלין

מטלטלין שבידם אין ב"ח גובה מהיורשים ולפיכך השמיט רבי' זה שאמרו לקמן בפ' מי שהיה נשוי אבן מטלטלין שבק אבוהון גבך ומטלטלין לב"ח לא משתעבדי משום דהאידנא דסלקי' וכו' עכ"ל וגם הרשב"א בתשו' ח"ב סי' שפ"ט וז"ל שאלו מדין ש"ד לא היינו מוליאין מזה ונותנין לזה שאין נכסי לוה המשועבדים לשמעון משועבדים אלא מדינו של ר"נ לפי שאין נכסי לוה של שמעין כנכסי שמעון תדע לך שאלו הקדים מלוה וזבן מלוה לא עשה כלום דמכאן ולהבא הוא גובה וכדרבא דאמר הכי בפ' כ"ש ואלו מת שמעון וגבו היתומים חובת אביהם בין שגבו מעו' בין שגבו קרקע' אין ב"ח חוזר וגובה מהם משום דהו"ל מנכסי שקנו יתמי ומדר"ן אם גבו קרקע' ב"ח חוז' וגוב' מהם משום וכו' וכדאיתא התם בפ' כ"ש עכ"ל מבואר דס"ל דאי לאו קרא דר"ן הו"א דנכסי לוה המשועבדים לשמעון אין משועבדים לראובן ואם מת שמעון וגבו היתומי' אפי' קרקע' אין ראובן חוזר וגובה מהם משום כנכסי שקנו היתומים אבל מדר"ן ילפינן דאם גבו קרקע' חוזר וגובה מהם אבל מטלטלין אינו גובה דחשיבי נכסי יתומי' ולפי הדין אין נכסי יתומים משועבדים לב"ח ומהריק"ש בתשו' בס' אהלי יעקב סי' פ"ג הביא דברי ה' המאירי ולמד מדבריו דכ"ש גבי יתומים קטני' דנכסים נשתעבדו לגמרי השתא בתקנת הגאונים אלא שיש חשש לגרי דודאי גובה ב"ח מהנפקד או מהמלוה מדר"ן שהוא בעל הדין ולא הוו נכסי קטנים ע"ש ולא ראה דברי הרשב"א שכתבתי דס"ל דהוי נכסי יתומי' וכ"כ בעל העיטור בדיני חוב ד' ע"א וז"ל והשתא דתקנו רבנן דמטלטלין משתעבדי אפילו מיתמי מפקינן מדר"ן וכו' ע"ש :

י"ד מבמלוה שהיתה של אביהם וכו' ואע"פ שהב"ח אינו גובה מהראוי גובה במלוה וכ"כ התוס' ובעל העיטור ומהר"י ן' מיגש אך ר"ח והרי"ף ס"ל דהוי ראוי לכל מילי כ"כ בעה"ת הובא בב"י ע"ש והרשב"א בתשו' ח"ג סי' קנ"ג כ' שדעתו נוטה לדברי ר"ח והרי"ף במלוה שהיא ראויה וגם הר"י הלוי חושש לדבריהם הלכה למעשה והביאו מרן הב"י א"ה סי' נ' ע"ש וכ"כ בתשוב' ח"ד עי' רמ"ח וז"ל אלא שיש לו טענה אחרת וכו' הרי חלק דינה מלוה והו"ל ראוי ואין הבעל נוטל בראוי וכו' וכן דעת ר"ח ורב אלפס ורב אחא בשאלתות דוירא בלק וכו' ואע"פ שהר"י ן' מיגש חלוק בדבר מ"מ גם הוא כ' בפי' שלא היה עושה מעשה כדבריו ומיחש חייש לדברי רבותי' שאמרו שאינו נוטל עכ"ל הרי דר"ח והרי"ף ורב אחא מבבחא והרשב"א ס"ל דאין הבעל נוטל במלוה וגם מהר"י בן מיגש חשש להם למעשה וכן הוא בפי' מהר"י ן' מיגש לבתרא ד' קכ"ה עיין שם וכ"כ המ"מ בפ"א מה' נחלות דנראה קצת מדברי הרמב"ם דסבירא ליה כרבי ן' מיגש אבל הרמב"ן והרשב"א ס"ל כדעת הגאונים דאין הבעל נוטל במלוה וכן עיקר עיין שם וכתב הר' גו"ר חא"ה כלל ד' סימן י"ט דאין הבעל יכול לומר קי"ל ע"ש אבל מהרא"ד"ב בס' לחם רב סימן מ"ז כ' דאם הוא מוחזק יכול לומר קיימא לן כמהר"י ן' מיגש והרמב"ם ואע"פ מדברי הרמב"ם אינם כ"כ ברורים הרי מדברי הרשב"א שכ' בתשו' והיכא נ.רנוותא דשברי וכולי וכן דעת מהר"י ן' מיגש וכולי נראה דיש לו למהר"י בן מיגש חברים כסברתו עיין שם וכן ראיתי להרמ"ה בפ' י"כ סי' ל"ד כ' דאע"ג דאינו גובה בראוי גובה הוא במלוה אפי' לא הגיע זמנה וכן הבעל יורש את אשתו במלוה עיין שם הרי דהרמ"ה סבירא ליה כמהר"י ן' מיגש וא"כ בודאי יכול לומר המוחזק קיימא לן כוותיהו אבל אנן קיימא לן

כדעת רוב הפוסקים דאין הבעל יורש במלוה וכן פסק הרשב"ן ח"ב סימן רל"ד והרדב"ז ח"ג סימן תקי"ב וסי' תקס"ד ע"ש וכן פסק מרן בא"ה סימן נ' וכן הסכים מהריט"ן סי' רמ"ט ע"ש וכ' הרשב"ש סימן קל"ד דאם יש משכון הוי מוחזק והבעל יורש אותה וכן הדין בבכור בסי' רע"ח ס"ז ע"ש וכ"כ מהר"ם בתשו' הקלרו' סי' ע"ד וז"ל אבל מן המלוה אינו גובה וכולי אבל אם יש משכון על המלוה גובה דב"ח קונה משכון אפילו בשעת הלואה לגבות ממנו עיין שם וכתב מהריט"ן בתשו' שם דאם כתבו הבט"ח בשם הבעל יורש אותו עיין שם והוא פשוט ונראה דגם הרשב"ן והרשב"ש והרדב"ז שכ' דאין הבעל יורש את אשתו במלוה מודו דהאשה גובה כתובת' ממלוה וכן בבע"ח כמבואר בפוסקים ועיין בב"י א"ה סי' נ' :

וראיתי להרדב"ז חלק שלישי סימן תקי"ב באחד שלוה מחמת מיתו שיקנו מנה לבתו ולא הספיקה לגבות עד שמתה הבת כ' וז"ל ועוד א"ת שאפי' נתן המנה ביד שליש וא"ל זכה במנה זה לפ' בתי לא זכה הבעל דאר"פ הילכתא אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק ומנה זה ראוי הוא שהרי עדין לא הגיע לידה ולא עדיף האי ממלוה וכולי וא"ת בשלמא מלוה להולאה ניתנה והוי ראוי אבל זכה במנה זה פקדון הוי והוי מוחזק תדע שאם נפלה ירושה ולא הספיקה לגבות עד שמתה הבעל יורש והוי מוחזק אע"ג שלא הגיע לידה הא ל"ק דיורש כרעא דמורישו הוי ובשעה שמת מורישו נכנס במקומו והוי כאלו הגיעו הנכסים לרשותו ומוחזק קרינן ליה אבל באומר זכה במנה זה לפ' כיון דמכח מתנה זכה בה לא קרי' ליה מוחזק עד שיגיע לידה ואין הבעל יורש אותה וכן יש לדקדק מל' הרמב"ם שכ' בפ"א מהל' נחלות וז"ל ושם ביארנו שהוא יורש את נכסי אשתו שבאו לרשותה והוחזקו וכולי ומ"מ מודה אני שאם עשתה שליח לקבל המנה הזה והגיע ליד שלוחה ומתה זכה בו הבעל דשלוחו של אדם כמותו וכולי עכ"ל ודבריו תמוהים דאפילו מתנה זכה בה מה בכך ודאי מוחזק מקרי דלא גרע ממתנות דאם שחט א' ממכירי אביו בהמה ואח"ך מת אביו נוטל פי שנים ממתנות של אותה בהמה דהוי כפקדון אע"ג דיכול לחזור וליתן לכהן אחר וכ"ש זה שכבר זכה אחר בעדו והוי כפקדון בידו ובמתנה מהיוס ולאחר מיתה נחלקו רבינו אפרים והרמב"ן אם חשיבא ראוי או מוחזקת אבל מהר"ב בתשו' אחרונה פסק דזכה הבעל דלא מקרי ראוי והביא ראיה מפ' י"נ דף קכ"ה ע"ב גבי נכסי לשבתא ובתרא לירתאי דאמר רבה דהוי ראוי מטעם דאי קדמה שבתה וזבנה זבינא זביני הא לא"ה לא ע"ש ועי' במהרא"נ"ת חלק ראשון סימן ע' דסבירא ליה כהרדב"ז דהוי ראוי וכ' ה' מולל מאם סימן מ"ב דהתם גבי שבתא כבאמר ובתרא לירתאי היתה כבר נשואה ולכך זכה הבעל מיד אלא מטעם דאי קדים שבתא וזבנא וכו' הו"ל ראוי אבל בנדון הרב דכשמת האב עדין לא נשאת הבת וכשנשאת לא זכה הבעל אלא במה שהכניסה לו ולא בזה שעדין לא בא ליד האשה וכ"כ מהר"ם אלשקר סימן כ"ח ע"ש אבל מדברי הרדב"ז משמע דאין חי' דלא עדיף ממלוה :

ונראה דעיסקא החלי מלוה חשיב ראוי ואין הבכור נוטל פי בה שנים אבל החלי פקדון חשיב מוחזק והכי קיימא לן בסימן ס"ז ס"ג דשביעית משמטת החלי שהוא מלוה ע"ש וה"נ אין הבכור נוטל פי שנים ולא הבעל יורש החלי שהוא מלוה ועי' במהריק"ו שורש קמ"ה שכתב דבכור נוטל פי שנים מהעיסקא שיש לו ביד אחרים דלא מיקרי מלוה ומשמע אפילו החלי מלוה

וכן

וכן כתב ה' מהר"ס מזרחי בספר אדמת קדש סימן ל' דהבעל יורש כל שטר העיסקא משום דמלוה זו לאו להוצאה ניתנה וחשיב מוחזק ע"ש וה' בית יהודה במנהגים כ' בשם רבו דהבכור נוטל פי שנים אפילו בחלי מלוה דחשיב מוחזקת ע"ש וא"ל דהא דשביעית משמטת החלי שהוא מלוה וה"נ גבי בכור לא חשיב מוחזק דהא אמרי' בפרק המקבל האי משכנתא באתרא 'דמסלקי אין בעל חוב גובה ממנה ואין הבכור נוטל בה פי שנים ושביעית משמטת וכולי וה"נ דשביעית משמטת החלי מלוה אין הבכור נוטל בה פי שנים איברא' דהטור בסימן רפ"ח כ' בשם הרא"ש דאפילו משכנתא באתרא דמסלקי מיקרי מוחזק ולא ראוי כגובה מגוף הקרקע וכולי וכתב הש"ך ס"ק ז' דהא משכנתא דקרקע אין בעל חוב קונה משום אלא שעבודא הוא דאית ליה עלה כדמוכח בפ' השולח אלא ודאי לענין בכור כל ששעבודו בידו לא מיקרי ראוי ע"ש א"כ משמע אע"ג דלענין שביעית דוקא משום דקני ליה מדר"י הוא דלא משמט אבל משכונת קרק' באתרא דמסלקי שביעית משמטת לענין בכור חשיב מוחזק כגובה ממנו וה"נ גבי עיסקא החלי מלוה כיון ששעבודו בידו ועוד דהא החלי מלוה אפילו לרבא דב"ח גובה ממנו דלא נעשה מטלטלין אגל בניו שביעית משמטת כמבואר בתשו' מהר"ס האלוכות סימן תתקע"ג והובא בתשו' המיי' דשייכי לס' משפטים סי' י"ב ע"ש הטעם אלמא אין דין ב"ח ושביעית שוים והכא נמי לענין בכור חשיב מוחזק אע"ג דשביעית משמטתו אבל מצאתי להרדב"ז בתשו' ח"ג סימן תקס"ד שכ' דאין הבעל יורש בעיסק' החלי שהוא מלוה ע"ש מיהו הרדב"ז ח"א סימן ר"ד כ' דאין שביעית משמטתו ע"ש והוא הפך דברי מהר"ס ובו"ר כן לה' כרם שלמה סי' ש"ז שתמה כן על הרדב"ז בזה ומה שתמה שם על מרן דפסק כמהר"ס דשביעית משמטה חלי מלוה ומ"ש דאין נעשה מטלטלין אגל בניו כשאר מלוה להוצאה ניתנה עי"ש לא ראה תשובת מהר"ס במקומה דמחלק ביניהם עיין שם הטעם:

ט"ו כתב הרדב"ז ח"ב סימן ח' דאם יש לאביהם סחורה בשותפות והרויחו הסחורה אחר מיתת אביהם דהב"ח גובה מהריוח דכיון שקנה הסחורה זכה בה וריוח שבה בחייו דריוח ממילא אתי שהרי כאלו היה בשעה שקנה אותה וה"ה אם גזל אחד את אביהם או הטעהו בחשבון והחזיר ליורשיו אחר מיתת אביהם גובה ממנה הב"ח וכן אם נתנו לו מתנה אחר מיתו זכה בה ב"ח או האשה דאי לאו דעביד ליה נייח נפשיה בחייו לא הוה יהיב ליה או שמא מלוה ישנה הי"ל עלייהו וכיון שבא ממון זה מכח אביהם חייבים לפרוע ממנו חוב אביהם ע"ש:

ט"ז ממלוה שהיתה של אביהם וכו' אע"ג דב"ח אינו גוב' בראוי גוב' הוא במלו' וכו' דאין בין מלוה בשטר למלוה ע"פ אפי' לא הגיע זמנה לגבות ולגבי הבעל דקי"ל בא"ה סי' ל' דאינו יורש המלוה של אשתו היינו אפילו מלוה בשטר והגיע זמנה ומהר"י ן' מיגש בפ' י"ג כתב וז"ל לא תימא ה"מ במלוה דמטא זמנא וכו' אבל לא שנא דמטא זימנא למיגבי ול"ש לא מטא זימנא למיגבי אלא לבתר דמית מלוה מוחזקת ובעל ירית לה וכו' ומיהו משתבר' כן דדוקא מלוה בשטר דאיכא שעבוד נכסים וקא משתעבדי ליה נכסי דלוה בחיי מלוה מחיים אבל מלוה ע"פ דליכא שיעבוד נכסים אי מטא זימניה לגבות מחיים הויא מוחזק' וכו' ואי לא מטא זימנא למיגבא מחיים כיון דליכא שעבו' נכסים ואי קדם וזכן זביניה זביני הא ליכא זכייה מחיים עכ"ל הרי דס"ל דמלוה בשטר אפי' לא הגיע זמנה הבע' יורש אותה אבל הרמ"ה בפ' יש נוחלין סי' ל"ד כתב אפילו במלוה ע"פ שלא הגיע זמנה מחיים הבעל יורש אותה עכ"ב ומהרי"ל בתשו' סי' ע"ד כ' דמלוה שלא הגיע זמנה חשיב ראוי והביא תשובה ישנה דס"ל הכי עכ"ב וכ' מהר"א"ב בש"לזש רב ס' מ"ז דאם היא מוחז' יכול לו' קי"ל כמהר"י ן' מיגש והרמב"ם ואעפ"י שדברי הרמב"ם אינם כ"כ מבוארים הרי מדברי הרשב"א בתשו' שכתב ואיכא מרבוותא' דסברי וכו' וכן דעת מהר"י ן' מיגש נר' דיש לו למהר"י ן' מיגש חברים כסברתו ע"ש וכבר כתבתי דברי הרמ"ה בפ' י"ן דס"ל ג"כ דהבעל יורש את אשתו במלוה ע"ש וא"כ בודאי יכול המוחזק לומר קי"ל כוותיהו ודלא כה' גו"ר ח"ד סי' י"ט שכ' דאין הבעל יכול לומ' קי"ל ע"ש מיהו נר' דוקא במלוה בשטר או במלוה ע"פ שהגיע זמנה אבל מלוה ע"פ שלא הגי' זמנה דמהר"י ן' מיגש מודה דמקרי ראוי אע"ג דהרמ"ה ס"ל דלא מקרי ראוי אין המוחזק יכול לומר קים לי כהרמ"ה שהוא יחיד בדבר אבל אנן קי"ל דאין הבעל יורש את אשתו במלוה אפי' מלוה בשטר דר"ת והרי"ף ורוב הפוסקים דחולקים על מהר"י בן מיגש היינו אפילו מלוה בשטר דמהר"י בן מיגש סבירא ליה דמלוה בשטר או מלוה ע"פ שהגי' זמנה הויא מוחזקת ואם כן כי פליגי עליה היינו אפילו במלוה בשטר שהגיע זמנה וכן מבואר בתשו' הרשב"א ח"ד סי' רנ"ח עכ"ב ועי' בתשו' המבי"ט ח"ג סי' ק'פ ע"ש:

י"ז בין גבו קרקע בין גבו מעות וכולי אבל לדינא דגמר' דוקא גבו קרקע חוזר וגובה אותה ב"ח מהם וכ' התוס' בפ' כ"ש וז"ל וא"ת גבו מטלטלין נמי נימא הכי ונראה לר"י דוקא גבי קרקע שייך למי' הכי דבת שעבוד היא דכשהקרקע זו מבוטבדת לראובן חשבי' ליה כאלו היא בידו דהא אם מכרה או משכנה חוזר ראובן וגובה אותה ולכך מבוטבדת נמי לב"ח אבל מטלט' וכולי ע"ש וא"כ נראה דדוקא מלוה בשטר שהיא לאביהם ביד אחרים דגבו קרקע הוא דחוזר וגובה אותה ב"ח אבל אם היא מלוה על פה אע"ג דקיימא לן דש"ד מ"מ כיון דאם מכרה אין ראובן חוזר וגובה אותה לא הוי מבוטבדת נמי לב"ח ועי' בתשו' הרשב"א ח"ב סימן שפ"ט והמ"מ בפ"א מה' נחלות כ' בשם מהר"י ן' מיגש גבי הבעל דיורש מלוה של אשתו חי' במלוה ע"פ בין הגיע זמנה ללא הגיע זמנה מחיי אשתו ודברי מהר"י ן' מיגש בפ' י"ג וז"ל ומיהו משתברא לן דדוקא במלוה בשט' דאיכא שעבוד נכסים וקא משתעבדי נכסים ללוה בחיי מלוה אבל מלוה על פה דליכא שעבוד נכסים אי מטא זמניה לגבות מחיים היא מוחזקת וכו' ואי לא מטא זימנא למיגבי מחיים כיון דליכא שיעבוד נכסים ואי קדם וזבן זביניה זביני הא ליכא זכייה מחיים עכ"ל אלמא דמלוה בשטר אפי' לא הגיע זמנה הוי מוחזקת משום דנשתעבדו נכסי לוה למלוה ואי קדם וזבן זביניה זביני אבל מלוה על פה דלא נשתעבדו נכסיו לא וה"נ א"ל דדוקא מלוה בשטר דקרקע המבוטבד לראובן חשבי' ליה כאלו מוחזק בידו וממילא מבוטבד נמי לב"ח אלו משא"כ מלוה ע"פ והתם בפ' כ"ש במלוה בשטר איירי וכן מצאתי להרא"ה הובא בש' א"ז בפ' שור שנגח ד' וה' גבי יד עני' אנן וכו' שכ' וז"ל אפי' כאן ממון זה עדין לא זכה בו הניזק כלל אלא של מזיק הוא לגמרי ול"מ לדידן דקי"ל מכאן ולהבא הוא גובה אלא אפי' למ"ד למפרע הוא גובה התם הוא באר' וכתר דגבייה אבל במטלטלין לא ותו דבמלוה על פה אפילו באר' לא והכא במלוה ע"פ וכולי ע"ש הרי דסבירא

דסבירא ליה דדוקא במלוה בשטר ובקרקע פליגי אביי ורבא דאביי סבירא ליה למפרע הוא גובה אבל במלוה על פה אפילו בקרקע לכ"ע מכאן ולהבא הוא גובה וא"כ למאי דאמרי' התם אא"ב למפרע הוא גובה להכי חוזר וגובה אותה מהם דכמאן דגבו מחיים דאבוהון דמי וכו' מיירי ה"נ במלוה בשטר דוקא דאי במלוה על פה לכ"ע מכאן ולהבא הוא גובה וה"נ למסקנא דנשתעבד מדר"נ א"ל דה"ד במלוה בשטר וראיתי בס' א"ז לקמא ד' מ' שכ' בשם הר"ש המאירי וז"ל יש שואלים בשמועה זו וכי מה הוצרכנו ללמוד דבר זה מדר"ן וכי עד שלא בא ר"ן לא היינו יודעים שנכסי הלוה כולם משועבדים למלוה וכל מה שמשעבד ללוה בכל נכסיו וכו' ופי' מחכמי הדור שלא הוצרכנו לזה אלא בזמן שמת לוה ונפלו נכסים לפני יתומי' שאין נכסי יתומים משועבדים לב"ח ושמענו מכאן שמה שזה היה חייב לאביהם אינו בכלל נכסי היתומים שהרי כמו שנשתעבד לזה נשתעבד לזה עכ"ל ולכאור' ק' דהא קי"ל שעבודא דאורייתא ואפי' מת הלוה גובה מן היורשים ואי אמרי' מיירי במלוה ע"פ (א"ה עכ"מ):

י"ח אבל אם לא ירשו כלום וכולי דעת הרשב"א דאם ירשו כופין אותם לפרוע ואם לא ירשו מלוה לפרוע חוב אביהם משלהם ואין כופין אותם וכ' הכנה"ג ונראה לכאו' דהרשב"א יחיד בדבר ומוליאין מיד המוחזק אבל ראיתי להטור בסימן ק"ח כתב בשם הרז"ה והר"ס כס' הרשב"א אלא שאני מסתפק אם יכול המוחזק לתפוס בדבר שאין בו חיוב אלא משום מלוה וכו' ע"ש וכן מצאתי בתשו' מהר"ש הקלרות סימן ע"ו דס"ל כהרשב"א עיין שם וכן נראה לכאו' דס"ל להרז"ה והר"ס הכי דאם הניח להם אביהם כופין אותם לפרוע ואם לא הניח מלוה לפרוע אבל אין כופין כדעת הרשב"א מיהו אפשר דאחר תקנת הגאונים קאמר ל"מ אם ירשו וכולי דכופין דס"ל דמדינא בין ירשו בין לא ירשו מלוה הוא דאיכא ואין כופין אלא דאחר תקנת הגאונים אם ירשו כופין ואם לא ירשו מלוה הוא דאיכא ובעה"ת שם"א ס' ע' כ' וז"ל ולר"כין אנו לברר אם לא הניח וכולי ומלתא דהליא בסברא היא דכיון שאפי' מטלטלין של אביהם אינם חייבים אלא משום מלוה מטלטלין דקנו אינהו פשיטא דליכא אפילו מלוה כלל וכו' ע"ש הרי דאע"ג דהניח להם אביהם מטלטלין כ' לעיל דמלוה הוא דאיכא נסתפק בלא הניח אם איכא מלוה אלא דמסברא קאמר דנחתי' דרגא כיון דאפילו הניח אביהם מלוה הוא דאיכא בלא הניח אפי' מלוה ליכא אבל הר"ס בר יוסף והרז"ה אפשר דס"ל דאין חי' בין הניח ללא הניח דמלוה איכא ואין כופין ומה שנסתפק הכנה"ג דאם יכול המוחזק לתפוס בדבר שאין בו חיוב אלא משום מלוה וכולי עיין שם נר' פשוט דלא מהניא תפיסתו דבפרק קמא דבבא קמא גבי נזיקין דאין בית דין מזקקין אלא לנכסים שיש להם אחריות הבמ"ע ביתמי אי ביתמי אימא סיפא אם קדם ניזק ותפס מטלט' בית דין גובין לו מהם ואי ביתמי אמאי בית דין גובין לו מהם כגון שתפס מחיים עיין שם אלמא אם תפס לאחר מיתה מטלטלין דיתמי ואע"ג דמלוה על היתומים לפרוע חוב אביהם וה"ה חוב דניזקי' לא מהניא תפיסתו גם רש"י שכתב שם דמטלט' דיתמי לא משתעבדי לב"ח דא"ל לאחר מיתת אביהם קנאום ע"ש אפשר דס"ל דאם נתברר שהיה של אביהם כיון דמלוה עליהם לפרוע מהניא תפיסה אפילו לאח"מ דמשמע לי דמיירי שלא נתברר שהיה של אביהם ולא כמ"ש הריב"ש סי' שנ"ב בשם הרמב"ן דאין תפיסה מועלת בדבר שאין חייב אלא לצאת ידי שמים

ואם תפס מוליאין מידו ע"ש וה"נ כיון דליכא אלא מלוה לא מהניא תפיסה ובסי' ע"ה כתבתי דמדברי הפוסקים שכ' הריב"ש גבי אבק רבית דאם תפס לוה משל מלוה מוליאין מידו אע"ג דחייב לצאת ידי שמים אפשר דאם תפס שכנגדו מוליאין מידו כמו שחי' ה' מח"א ע"ש וה"נ אם לא ירשו מאביהם לכ"ע מלוה דרבנן היא שהרי כ' בעה"ת בש"א סימן ו' וז"ל פי' מלוה דרבנן קאמר משו' כבוד דקתני ול"ד לפריעת בעל חוב מלוה וכו' ובזה כיון שיש בו מ"ע אם הלוה עובר ואינו רוצה לפרו' מכריחין אותו ומכין אותו עד שיפרע אבל מלוה דיתומים דליתא אלא מדרבנן ולא כייפי' וכו' ע"ש וא"כ אם לא ירשו לכ"ע ליכא אלא מלוה דרבנן לפרוע משלהם שהרי אם ירשו כופין אותם ואם לא ירשו אין כופין אותם וא"כ אם תפס שכנגדו ודאי דמוליאין מידו כמו באבק רבית ועי' בתשו' הרשב"א ח"ד סימן קכ"ב ועוד כ"ל ראיה מדאמרי' בפ' כ"ש ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפ' עליו במלוה ומת ראובן ובא ב"ח של ראובן וטרפו משמעון ופייסו בזוזי דינא הוא דא"ל בני ראובן אנן מטלטלי' שבק אבוהון גבן ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח וכו' וא"א דיכול המוחזק לתפוס בדבר שאין בו חיוב אלא מלוה אמאי לא מהני' תפיסת ראובן במעות על האחריית דמלוה עליהם לפרו' אלא ודאי כיון דליכא חיוב לא מהניא תפיסה ולדעת הרשב"א דכופין אותם אמאי לא מהניא תפיסה מיהו המרדכי בפרק הכותב כ' וז"ל ופר"ח וכן רא"ש וריב"ק דהכא מיירי ביתומים דמלוה על היתומים לפרוע חוב אביהם וא"ת א"כ היכי קאמר הכא מטלטלין לא משתעבדי לב"ח הא אמרי' הכא מכין אותו וי"ל דמאי דאמרי' מטלטלין דיתמי לא משתעבדי לב"ח מיירי ביתומים קטנים וכולי וכן לקמן בפרק מי שהיה נשוי מעשה דקטינא דאביי מיירי ביתומים קטנים וכולי עכ"ל ועי' בב"י שכ' דדברי ר"ת וכן דין היתומי' וכו' אחר התקנה שתקנו לגבות מטלטלין אבל הדרישה כ' דר"ת סבירא ליה כהרשב"א דאם ירשו כופין אותם אם לא ירשו מלוה איכא ואין כופין אותם ובהכי מיירי פ' מי שהיה נשוי גבי קטינא וכולי ע"ש ונעלם מהם המרדכי בשם ר"ח ורא"ש וריב"ק דס"ל דהיתומים כופין אותם ועובדא דקטינא מיירי ביתומים קטנים וכן מצאתי להרשב"א בתשו' ח"ד סימן רס"ד שכ' וז"ל אבל למי שאינו רוצה לקיים את המלוה אפילו מלוה דרבנן מלקין אותו בלא קיצבה עד שיקבל וכולי וכן מי שנתחייב לפרו' חוב אביו ואינו רוצה לפרו' וכדעת ר"ת וכן נ"ל דבריו ויש ראיות וכו' ע"ש וכ"כ במיוחסות סימן ר"מ ע"ש ועי' בתשו' בשמים ראש סי' שכ"ו שכ' שכן דעת ר"ה אלא שכתב שדבריו דחוים ותלוקים עליו ר"ת ור"י עיין שם וכן מצאתי בתשו' מהר"ש הארוכות סימן רנ"ח וז"ל אבל גדולים אפילו מטלטלין גובים דבמקום האב קיימי וכן דאמרינן בפ' מי שהיה נשוי גבי קטינא וכולי התם בקטנים א"נ בגדולים והא דלא גבו מטלטלין משו' דאכתי לא איפסיק' הילכת' כר"פ דאמר מלוה ע"פ גובה מהיורשי' משום נעילת דלת אבל לבתר וכו' אלא תניא מכין אותו עד שתצא נפשו והיורשים אמר ר"פ דאי הב"ח מאן פליג ומדקאמר לדידך דאמרת וכולי משמע דר"פ הוא לחוד דאית ליה אלא ודאי דר"פ היורשים קאמר שכופין אותם ורב ושמואל פליגי עליה וכולי הילכך ה"ל דעובדא דרב קטינא מקמיה דפסק ר"פ ואנן קיי"ל כר"פ ע"ש הרי דס"ל דאפילו במטלטלין כופין את היורשים הגדולי' ועובדא דרב קטינא דלאו כהילכת' הוא או ביורשים קטנים וע"ב תי' אחר ועי' בס' עדות ביהוסף סי' מ"ב שכ' שהרשב"א

יחיד

יחיד בדבר ולא ראה הני רבוותא :

י"ט כתב הרשב"ש סימן קכ"ח על ראובן שיש לו שט"ח והלך למ"ה וז"ל והבן לא היה מלוה לפרוע חוב אביהם לפי שזה הבן לא נתבררה מיתת אביו ולא אמרו אלא מלוה על היתומים לפרוע חוב אביהם וזה אינו יתום ועוד שלא אמרו מלוה על היתומים וכולי אלא כשהניח להם נכסים וכולי עיין שם ונראה דאם הניח נכסים וכ"ש כשלא נתברר שמת דגובים מנכסיו שנשתעבדו :

כ' כתב מהר"ם בתשו' הקצרות סי' ע"ו דאם אין האב חייב לפרוע לצאת ידי שמים כגון שלא תבעו אדם אלא מעצמו אמר לחבירו הלויתני ואיני יודע אם החזרתי לך דאינו חייב אלא לצאת ידי שמים אין הבן חייב לפרוע אפילו לצאת ידי שמים אפי' הניח לו אביו נכסים והביא ראיה מדברי התוס' בפרק הגוזל עצים בד"ה את אביהם וכולי ות"ת לצאת ידי שמים קאמר וי"ל דדייק מדנקט לבן חייבים דהול"ל אין מחזירין וכו' משמע דכל שאביהם אינו אלא לצאת ידי שמים הם אינם חייבים אפילו לצאת י"ש וסברא גדולה היא ע"ש ונראה דכ"ל למאי דדייק' בפ' הגוזל אינהו הוא דלא הא אביהם חייב להחזיר ודאי דלא גרע מחוב אביהם דמלוה נפרוע וה"נ אפילו דבר שאינו מסויים מלוה להחזיר ואין חייבי' דקתני ר"ל אין כפיס לאפוקי שיפא דדבר מסויים דכופין לותם להחזיר מטעם דאיכא קלון כמ"ש התוס' בכתובו' דף פ"ו בד"ה פריעת וכולי הכל לפי מה שהק' התוס' היאך דחייב לצאת י"ש קאמר ע"כ הם אינם חייבי' אפי' לצאת י"ש וכן למאי דמשני בדין הוא דתבוהם נמי אינו חייב להחזיר וכולי ה"נ הם אינם חייבים להחזיר כלל והמג"ן בפ' ד' מה' מלוה דין ד' תי' דלעולם אין הבנים חייבים משום כבוד אפי' עשה תשו' בהותו דבר עצמו שהוא עשה עבירה וקרי' ביה יכין רשע וצדיק ילבש ושאני דבר מסויים דאיכא קלון ע"ש ולדבריו מה ראיה מביא מהר"ם מדברי התוס' דהא למאי דדייקי' הא אביהם חייב להחזיר מדינא אפ"ה אין הבנים חייבין להחזיר דבר שעשה בו עבירה אבל בעלמא אימא דאפילו אין האב חייב אלא לצאת י"ש מלוה על הבנים לפרוע לכן נר' כמ"ש וראיתי למהר"ם אלשיך סימן י"ד שכ' וז"ל וכ' וכולי הכל משום מלוה על היתומים לפרוע חוב אביהם מיחת איכא ותגבה מה"ע אלמנת ראובן מעזבון נמי ליתא דאפילו נימא דהכי הוא וכולי הייט כשהיה הוא בעולם ולא הוו יתומים קטני' כהאי גוון דאיכא קטנים בני הבן דמלוה לאו עלייהו רמיא אלא על אביהם ועוד דקטנים לאו בני מעבדי מלוה נינהו וכולי ע"ש ולדברי מהר"ם נראה כיון דהאן על הבן אלא מלוה לצאת י"ש מת הבן בני הבן אפילו היו גדולים אין חייבים לפרוע אפילו לצאת י"ש אבל לדעת הרשב"א דכופין יש להסתפק אם חייבים בני הבן לפרוע מה שהיה אביהם חייב לפרוע חוב אביו דאפשר כיון דליכא שעבוד נכסי' ואין יורדין לנכסיו וה' פני יהושע בחי' לכתובות ד' פ"ד בתוס' בד"ה שפיר אתפסתי' וכולי כ' דאפשר בכתובת אשה כיון דמניה נמי מטלטלין לא משתעבדי לכתובה א"כ ביורשים אפילו מלוה ליכא ע"ש ומדברי מהר"ם אין ראיה דה"ד כשאין האב חייב כלל אלא לצאת י"ש אבל הכא דהוא חייב לפרוע אלא דמטלטלין לא נשתעבדו נראה דחייבים היורשים לצאת י"ש :

כ"א אבל אם לא ירשו כלום וכו' נסתפק המס"ל בפי"א מה' מלוה לפי דינא דגמ' דמטלטלי דיתמי לא משתע' לב"ח מי שמת והניח קרקע ומטלטלין ותפש א' ממטלטלין בלא עדים וראיה וטען מנה לי ביד אביך אם מהניא תפיסתו ליפרע מהקרקע והביא ראיה ממ"ש הריב"ש סי' של"ב במי שתפס מהיורש וטען עליו שאביו חייב לו שצריך שיטעין בודאי שידע שזה הכוס של המורים הא לא"ה לא מהניא תפיסה ומטלטלין דיורש אחר תקנת הגאונים כמטלטלי דמורים כפי דין הגמרא וכמו דתפיסה דמטלטלין דיורש לא מהניא ה"נ תפיסת מטלטלין דמורים לא מהניא כפי דין הגמרא וכ"ת שאני מטלטלין דמורים דנהי דליכא שעבוד עליהו מ"מ בדיני שמים איכא חיוב ומ"ה מהניא תפיסה אבל בנדון הריב"ש שהוא בתופס מנכסי היורש דליכא חיוב' על היורשים לשלם משלו לא מהניא תפיסה הא ליתא דהרשב"א ס"ל דאפי' לא הניח נכסים איכא מלוה לגבי היורשים וא"כ אמאי לא מהניא תפיסה במטלטלין דיורש כדי ליפרע מהקרקע וכ"ת דהריב"ש קאי אסבר' החולקי' דבלא הניח נכסים אפילו מלוה ליכא א"א להאי מילתא היה לו להביא סברת הרשב"א ולומר דלסברת הרשב"א הדין משתנה אלא ודאי דס"ל דלכ"ע אינו יכול לתפוס מנכסי היורש כדין לטעון עליו וליפרע מהקרקע והוא הדין במטלטלין דמורים לדינא דגמ' עש"ב ואני מצאתי להרשב"א בתשו' ח"ד סי' ה' שכ' וז"ל ראובן שהפקיד כלי ביד שמעון בלא עדים וכשתבעו ממנו השיב שמעון מנה היה לי ביד אביך ואתה יורש ואני מחזיק בכלי זה על אותו מנה אם יכול שמעון לטעון עד כדי דמיו וכו' אם היורש הזה ירש מאביו בין קרקע בין מטלטלין הרי הוא חייב לפרוע חוב אביו וכו' וכיון שכן כמו שהיה יכול לומר בכלי שהפקיד בידו בלא עדים וראיה יש לי בידך כנגדו כו"ך כך יכול לומר ליורש ואי משום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי כבר תקנו הגאונים לגבות מהם ולהיות מטלטלין כקרקע עכ"ל משמע דהכלי הוא של היורש ואפ"ה מהני תפיסה כדי ליפ"ל מהקרקע או מטלטלי דמורים ואם נאמר דהרשב"א לטעמיה דס"ל דאפילו לא ירשו כלום איכא מלוה לגבי היורשים דהריב"ש ס"ל כדע' הפוסקים דליכא מלוה ומשום הכי לא מהני' תפיס' ניחא אבל (א"ה עכ"מ) :

כ"ב דין ג' ונותן לו מעות וכו' וה"ה דאם אין לו מעות יכול לסלקו במטלטלין והרב פני יהושע בתשו' ח"מ סי' א' כ' דאם היורש דוחה הבעל חוב לגבות מהשטרות ואין הב"ח יכול לומר אין שעבודי עליהם מכדי הא דתקון רבנן דאין מטלטלין משועבדים הוא לטובת היתומים וא"כ אם הוא אומר א"א בתקנ' חכמי' שומעין לו וכי תעלה על דעתך שהיתומים ברולי' לסלק הב"ח במטלטלין אין יכולין אדרבה עיקר דינו על המטלטלין אלא שעשו לטובת היתומים ע"ש ולא דק דהרמב"ם בפי"א מה' מלוה דין ז' והטור בסי' זה ס"ל דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח מדאורייתא וכ"כ הריטב"א ורבו דאפילו למ"ד שעבודא דאורייתא מטלטלי דיתמי לא משתע' לב"ח מדאורייתא משום דקרא דיוליא אליך את העבוט החוצה בלוה עצמו כתיב ולא ביורשיו וכ"כ הלבוש וא"כ לכאורה נראה דאין היתומים יכולים לסלק הב"ח במטלטלין כיון דאין שעבודו עליהם מדאורייתא אבל לדעת הרמ"ה והרשב"א דשעבודא דאורייתא אפי' במטלטלין משום דעיקר דינו על המטלטלין ויכולין לומר א"א בתקנת חכמים ואם לא ירשו לא מעות ולא מטלטלי; אלא קרקע משמ' דאין יכולי' לסלק הב"ח במטלטלין דיורשים ורבנן הוא דתקון דלא משתעבדי יכולים היורשים לסלק הב"ח במטלטל' שלהם כיון דלא נשתע' לב"ח ומ"ש הטור אבל אם אין ליורש משל עצמו לא מטלטלי' ולא מעות אלא קרק' יכול המלוה לומר איני רוצה אלא בנכסים שהניח אביך שהם משועבדים לי וכו' משמע דאם

ים

יש ליורש מטלטלין של עצמו יכול לסלקו בהם אע"ג דלא נשתעבדו לו אפשר דה"ד לענין שלא יטרוף מלקוחו' משו' תקנה דלקוחות דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח אבל כשהוא ביד היתומים ולא ירשו מאביה' אלא קרקע אין יכולים לסלק הב"ח במטלטלין שלהם שיכול לומר איני רוצה אלא נכסים משועבדים לי וכך כתב מרן הב"י סימן ק"ב :

ב"ג דין ד' יש מי שאומר וכו' ר' האי יחיד הוא בסברא זו מהרא"ש ח"א סי' ל"ט עיין שם וכ"כ מהר"ש אלשיך סי' י"ד דספיקא ליכא דודאי לא שבקי' דעת הרא"ש והטור והב"י בשם האחרונים משום סברת דר' האי ע"ש אבל מהר"י ן' מיגש בתשו' סי' ס"ב כתב אין ספק שהם חייבים להוליא על הבנות ונ"ש מה שמכרו מכרו הוא לענין שאין מוליאין מיד הלקוחות וכו' ע"ש גם הרמ"ה בפ' נ"ש סי' י"ח כ' וז"ל והיתמר בתשו' רב האי גאון הא דאמרי' מה שמכרו מכרו להו דמפסידי' הבנות לגמרי אלא בזוזי הוא דמשלמי ליורשי' דברשותא דידהו קיימי לשלוקי בזוזי ומסתברא כותיה דאלת"ה מה הועילו חכמים בתקנתם ועוד אי לא מחייבי' לאהדורי זוזי הא דאשמועינן מכרו ישמעינו נתנו אלא מדלא אשמועי' אלא מכרו ש"מ דוקא מכרו דאפשר דמהדרי להו זוזי לב"ד וא"כ אקולנהו וליתנהו דליהדרנהו בשעת אכילה הוא דגזלי להו אבל נתנו דמעיקרא איכא פסידא לבנות לו וכו' ע"ש הרי דהרמ"ה ס"ל כר' האי וז"ל ה' גרור הכסף הביאו המבי"ט ח"א סי' רס"ה אם קונה קרקע המשועבד מכרו לאחר אין המלוה על המוכר כלום ולא על המעות אלא ילך ויגבה השדה מן הקונה אותו והיינו משום דמוכר זה לא היה עליו חוב אלא מה שקנה הקרקע משועבד והרי יצא מרשותו והוא בעין ביד מי שקנאו אבל היורש שמכר הקרק' שהיה משוע' לחוב אביו ואין לו שום זכות עד שיפרע החוב אם מכרו והמעות הם בידו חייב לפרוע לב"ח ודמי בעבודו הם וכשמכ' השני למי שאין אדם יכול להוליא ממנו כר' דמחייב משום וכו' מזיק שעבודו של חבירו שהוא חייב כמו שפסק הרי"ף בפ' השולח וכו' הילכך אם קנה מטלטלי' המשועבדים לאחר בהגב ומכרם ללוי וכו' חייב לשלם מדינא דגרמי וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דקנה קרק' או המטלטלין המשועבדי' בהגב אם מכרם לישראל אחר אין למלוה על המוכר כלום אלא לך ויגבה אותם מן הקונה ואם מכרו לגוי חייב מדינא דגרמי וכ"כ הרא"ש הובא בש' א"ז לקמן בפ' המניח ע"ש אבל היורש שמכר לישראל דבר המשועבד לחוב אביו אם המעות בידו חייב לפרוע לב"ח וא"כ אם תפס ודאי דיכול המוחזק לומר קי"ל כרב האי והרמ"ה וה' גרור הכסף דס"ל דגובה מהדמים שביד היתומים ומבואר בדברי הרמ"ה דאם הדמים בעין הוא דחייבים ליתן אבל אם אכלו' אין חייבים מיהו המכר קיים כיון דאותה שעה המעות בעין ואם אכלום בשעת אכילה הוא דגזלי להו אבל אם נתנה דמעיקרא ליכא פסידא בעלה וה"ל יורש שנתן אפי' מטלטל' ועיין בספר פני משה חלק שני סימן ע"ה ובספר בית שלמה בי"ד סימן א' :

ב"ד כ' הטור וכ"ל דאם מכרו קרק' שחייבי' לשלם ולא מטעם חוב אביהם אלא מטעם מזיק שעבודו של חבירו דקי"ל שהו' חייב וכו' מיהו א"א הרא"ש כ' בתשו' שאף אם מכרו קרק' אין חייבים לשלם שאפי' מזיק שעבודו של חבירו ליכא שלא קלקלו בגוף הקרקע כלום וכו' ע"ש והסמ"ע הק' ממ"ש בסי' ק"ד דבעל חוב מאוחר שקדם ומכר קרק' המשועבד למוקדם לגוי לריך לשלם לו ותי' דוקא ביורשים קאמר הרא"ש דבשעה שמכרו משלהם מכרו משא"כ ב"ח מאוחר ע"ש אבל מדברי מהר"א די בוטון בס' לחם רב בסי' מ"ה שכ' על ג' אחי' שהיו שותפי' ומת א' מהם והשותפי' נתנו נדוניא לבתו כל נכסי עזבון ולא הניחו לאלמנה כלום דאין חייבי' משום מזיק שעבודו של חבירו שהרי כ' הרא"ש שאפי' מזיק שעבוד והטור כתב שאינו משיב על דבריו ויכול המוחזק לסמוך עליו ע"ש מבואר הס"ל דמי שהזיק שעבודו של חבירו אף שאינו יורש ואין הממון שלו פטור לדעת הרא"ש וכן ק' דבפ' השולח פסק הרא"ש כרשב"ג במשחרר עבדו שעשאו אפותיקי דחייב מדינא דגרמי והביאו הרב עצמו שם וכן המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו דחייב מדינא דגרמי כדאמרי בפ' הכותב וכ' הרא"ש בתשו' כלל ס"ט דחייב לשלם כל מה שכתוב בשטר כמו בשורף שט"ח ע"ש וגם למ"ד דאינו משלם אלא מה שנתן לו וכן השיג הרא"ש בפ' הכותב היינו משום דלא הפסידו יותר אבל משלם מה שהפסידו ניחא אע"ג דלא קלקל גוף השטר וה' פני משה ח"ב סי' ע"ח ד' קמ"ט ע"ג תי' לפי מ"ש הסמ"ע דוקא ביתומי קאמר הרא"ש דמי שמכרו משלהם מכרו דב"ח מתן ולהכא הוא גובה משא"כ בב"ח מאוחר וה"נ עבה עבדו אפותיקי הרי הוא כמוכר לב"ח דאיים שעבודו שהוא אפותיקי מפורש ורבו הא' נמי כמי שאינו שלו דמי ולכך כיון בשחררו והזיק שעבודו חייב דרבו הא' הוי כב"ח מאות' שהזי' שעבו' ב"ח הקדו' דחיי' אע"ג דלא הזי' בגוף הקרק' ע"ש אבל לדברי מהרא"ד"ב ק' אבל הכנה"ג תי' דבחרור הו"ל כקלקול בגוף כיון דמן הדין אינו יכול לגבות ממנו דבחרו' מפקיע כמידי שעבוד אבל מכר לגוי דלא קלקל כיון דגוב' כדין הב"ח בנכסי' אם יוכל ע"ש וה"ג המוכ' שט"ח ומחלו חייב לשלם כיון דאינו יכול לגבות מ"ה מהלוה הו"ל קלקול בגוף השעבוד ובזה ניחא מ"ש הטור בסימן ק"ד בשם הרהב"ד ראובן שלוה מנה משמעון ע"פ ומת והניח קרקע לחנוך בנו שבוה מנה וחנוך לוה אחר מיתת אביו מנה מלוי בשטר לוי קודם לשמעון שמלוה בשטר קודמת למלוה ע"פ ושמעון כותב שט"ח על חנוך במנה דחייב מדינא דגרמי ע"ש דהרא"ש מודה התם כיון דאינו יכול להוליא בדין ממנו הוי קלקול בגוף השעבוד ודוקא במכר לגוי ס"ל דפטור משום דבדין מוליא ממנו אם יכול ומהרא"ם בתשו' ח"א סי' ע"ז וסי' מ"ז כ' דהרא"ב"ד והרא"ש חולקין ע"ש והרדב"ז ח"ב סימן ר"ג הכריע אפך הרא"ש דלא עדיף המזיק כל השעבוד דלא יכו' לגבות שמכרו כלו' מהאופר וכולי והביא ראיה מדב' הריטב"א בשם רבו שדן בג' שהטבילו שפחה לשם גרות שלא מדעת חבירו דחייבים לשלם מה שהפסיד מדינא דגרמי והא הכא שלא קלקלו בגוף השפחה וחייבים וה"ל במוכר קרקע משועבד ע"ש ותמהני שלא זכר פלוגתא דרשב"ג ורבנן במשחרר עבדו שעשאו אפותיקי וקי"ל כרשב"ג דחייב מדינא דגרמי כמו שפסק הרא"ש עצמו וכן המוכר שט"ח ומחלו חייב וצכ"ל דמוכר לגוי שאני כמ"ש ומה ראיה מדברי הריטב"א מיהו יש לחלק בין משועבד מחמת חוב אביו למשועבד מחמת חוב עצמו דלוקח ממון חבירו והפקיע שעבודו כגון המוכר שט"ח לחבירו ומחלו ומשחרר עבדו שעשאו אפותיקי הוי מזיק אבל יורש שמכר שעבוד שמחמת אביו לא קלקל בגוף הקרקע ולא בממון חבירו וא"כ לדעת הרא"ש יורש שמכר לגוי או אפילו למי שאינו יכול להוליא מידו בדין פטור וחולק על הרא"ב"ד כמ"ש מהרא"ם וכן משמע מדברי הרא"ש בפ' נ"ש דס"ל במכרו קרקע דאין הבנות טורפות מהלקוחות בדין ואפ"ה אין גובה מהמעות שביד היורש דלתי' הכנה"ג כיון דאין מוליאין מהלקוחות בדין חייבים היורשים

היורשים מדינא דגרמי מיהו בלא"ה כבר הק' הפרישה על הטור בלא הוכיח כן מדברי הרא"ש בפסקיו ותי' דר"ל אין גובי' אותם מכח חוב אביהם אבל מדינא דגרמי אפשר דחייב לשלם וג"מ אם היורש ג"כ לוה מאחר דהב"ח שלו ג"כ גובה מאותם מעות אבל לרב האי דחייבי' מכח חוב אביהם הב"ח של אביהם גובה כל המעות ואין ב"ח של היורש גובה לכך כ' הטור מיהו בתשו' וכולי ע"ש ועוד נר' דנ"מ אם אביהם לוה ולוה ואח"ך קנה דקי"ל יחלוקו דאם קדם השני וגבה זכה דאם מכרו היורשים הנכסי' לשני וגבה ממון חלי הנכסים לרב האי חייב לפרוע חוב אביהם גם מדינא דגרמי אין חייבים דדוקא בשלא זכה ומוציאין ממנו אם מכרו חייבים מזיק אבל דכל שקדם וגבה זכה השני מי שהתפיסו פטור מדינא דגרמי דהוי כשלוחו כמ"ש מהרא"ש הא"ה סי' כ"ד ע"ש וה' בית דוד סי' ל"ב דקדק מדברי התוס' והרמב"ן והב"י שכ' בפ' מ"ש דאינו גובה מהמעות דסבירא ליה דאין חייבי' מדינא דגרמי ותמה על מהרא"ש שכ' דהרא"ש יחיד בדבר עיין שם וליתא דמכח חוב אביו הוא דאינו חייב אבל מדינא דגרמי אפשר דחייבי' והטור לא הוכיח כן מדברי הרא"ש מה"ט כמ"ש הפרישה :

וראיתי להרדב"ז ח"ב סימן קל"ד על ראובן שמכר בית לשמעון והלך שמעון ומכר הבית לגוי

שהביא דברי הראב"ד בהשגות פ"ז מה' חובל ומזיק בשחרר עבדו בעשאו אפותיקי שפסק כרבנן דפטור ושכן דעת הרי"ף וא"כ יכול המוחזק לומר קי"ל כהרי"ף לפי עדות הראב"ד ע"ש ודבריו תמוהים דהראב"ד יחיד בדבר נגד הרמב"ם והרא"ש והטור בסימן ק"ז והרמב"ן בקו' דינא דגרמי והר"ן בפ' השולח וה' צרור הכסף שפסקו כרשב"ג ושכן דעת הרי"ף וכ"כ המ"מ וכ"כ בשה"ת שמ"ג ח"ג ע"ש ומהר"א ן' טווא סי' י"ח כ' בשותפין שהפקידו חפץ ביד גוי וה' מהם נתן רשות לגוי ליתנו ללוי ונתנו לו ואנס דחייב חבירו מדינא דגרמי אע"ג דאין ההיזק בא באמירתו וכ"כ ר"ה בתשו' עכ"ל מיהו בנדון ה' דקונה קרקע משועבד שמכרו לגוי יש לצרף הרא"ש עם הראב"ד דלא הוי מזיק בשעבודו של חבירו מטעם דלא קלקל בגוף הקרקע או מטעם דכשלו הוא עושה ויכול המוחזק לומר קי"ל כותיה אך ק' מדברי הראב"ד שכ' הטור בסי' ק"ד דיורש שפרע חוב מהקרקע המשועבד לחוב אביו דחייב מדינא דגרמי והכנה"ג סי' ק"ז תי' דהראב"ד חזר בו בתשו' ועוד יש לחלק בין משועבד מחמת חוב עצמו למשועבד מחמת חוב אביו וכן תי' הר' פנ"א סימן ל"ד דקרקע ששעבדו אביו הוי יורש בהתבריה עבד מעשה ודחה תי' אחר בתי' הכנה"ג ע"ש ונראה דמה"ט כתב מהרא"ש והכנה"ג בסי' זה דהרא"ש יחיד בדבר דלכל התי' הראב"ד לא סבר כהרא"ש אבל לדעת הרדב"ז שכ' דמ"ל קיי"ל כהראב"ד נ"ל דהראב"ד בתשו' שכ' בעה"ת והטור היינו בעל ההשגות ודוחק כמ"ש הכנה"ג ע"ש ושוב מצאתי להרשב"א בתשו' ח"ג סי' ק"ח שכ' וז"ל ומכאן נראה ג"כ דקיי"ל דמזיק שעבוד חייב כשורף שטרות וכולי ואע"ג דפלוגתא דרשב"ג ורבנן היא בגיטין בפ' השולח גבי עשה עבדו אפותיקי ושחררו דרשב"ג מחייב ורבנן פוטרים כיון דקי"ל כמאן דדאין דינא דגרמי וכולי קי"ל כההיא דרשב"ג וכ"נ מדברי רבו' בעלי התוס' שכ' בפ' השולח וכן מדברי הראב"ד בפרק המניח את הכד אלא שה' אלפאסי נראה דפוטר במזיק ושמעתא דהמניח את הכד והיא דמרובה ק' עליה עכ"ל הרי שכ' דהרי"ף פוטר כדעת הראב"ד וכ"כ בתשו' המיוחסות סי' ר"מ ע"ש ומ"מ יכול המוחזק לומר קי"ל כהראב"ד והרי"ף לפי עדות הראב"ד והרשב"א : -

גם מ"ש הרדב"ז ועוד נר' דהכא לכ"ע פטור דכשלו הוא עושה ואע"ג דמשחרר עבדו דכשלו

הוא עושה ואפ"ה פליגי שאני התם דאין לו הנאה בשחרור זה ומזיק הוא את חבירו בלא הנאה אבל הכא לא נתכוון להזיק חבירו אלא למכור קרקעו להטיב לעצמו תדע דהא מאן דמחייב בדינא דגרמי מטעם קנסא וכולי ע"ש וכ"כ בסי' תק"ג דדינא דגרמי לא מחייב אלא מדרבנן ע"ש ואיברא שכן הוכיחו התוס' בס"פ הפרה בד"ה תמור וכו' ובר"פ מרובה בד"ה ילאו שטרות וכולי והרשב"א בתי' שם דדינא דגרמי היינו מדאורייתא ולא זכר דרוב הפוסקי' ס"ל דדינא דגרמי מדאורייתא ומה"ט אפילו מת מוציאין מיד יורשיו כדקי"ל בסי' ס"ו סל"ב ובסי' שפ"ח ע"ש בהש"ך וכן העלה מהרא"ש ח"א סי' ס"ח דהוי מדאורייתא' ואפי' בשוגג חייב עכ"ל וא"כ נראה דאפילו אין כונתו להזיק לחבירו חייב וכ"כ ה' צרור הכסף הביאו המבי"ט ח"א סי' רכ"ה וז"ל אם קונה קרקע המשועבד מכרו לאחר וכולי ילך ויגבה השדה מן הקונה אותה וכולי וכשמכר השני למי שאין אדם יכול להוציא ממנו נר' דמחייב וכו' הילכך אם קנה מטלטלין המשועבדים לאחר כאנס ומכר לגוי חייב לשלם מדינא דגרמי וכו' ע"ש שזה תלוי במחלוקת מיהו נר' ה' צרור הכסף ס"ל דלוקח שמכר לגוי חייב מדינא דגרמי וכ"כ רבי' ירוחם וכ"כ הרא"ה בס' א"ז לקמא דף ל"ג ע"ב וז"ל וכיון שכן ראובן שהיה נושא בשמעון מנה ואקני ליה לשמעון מטלטלין אג"מ וכ' ליה דאקני ואזיל שמעון וזבין מטלטלין כולהו או מקצתייהו ללוי ואזל לוי תברינהו או אזקינהו או במידי דבר אכילה ואכלינהו והאי משתעבד לוי לראובן בדמי מאי דשוו הנהו מטלטלין מדין מזיק שעבודו של חבירו וכולי אבל היכא דזבנינהו לאחר השתא שעבודיה דראובן גבי ההוא אחר הוא וכולי והיכא דאתפסיה בידיה דל"מ לאשתעויי דינא בהדיה כגון השתא ודאי חייב וכולי אבל הרמב"ן בתשו' המיוחסות סי' כ"ו כ' דאם אבל הלוקח לא מיחייב דהוא לא הזיק אלא המוכר עכ"ל א"כ דקונה קרקע המשועבד שמכרו לגוי לדעת הרא"ה וצרור הכסף חייב מדינא דגרמי ולדעת הרמב"ן פטור והרמב"ם בפ"ז מה' חובל כ' העושה מלאכה בפרת חטאת ובמי חטאת במזיד חייב לשלם והראב"ד השיגו דלמאי דקי"ל היזק שאינו ניכר ל"ש היזק פטור וטעמא משום דאין מתכוין להזיק אלא להנאתו וכ' המ"מ דהר"מ לא ס"ל הכי ובגמ' הומ"ל וליטעמיך אבל הרמב"ן דעתו כהראב"ד ע"ש ולכאור' נר' דגם הראב"ד לא קאמר אלא בהזיק שאינו ניכר דאינו אלא קנסא אבל במזיק שעבודו של חבירו דחייב מדינא דגרמי מדאוריי' אפילו לא נתכוון להזיק אלא להנאתו חייב דהא בפרק הניזקין פרכי' למ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק מההיא דהעושה מלאכה במי חטאת וכו' אלמא אי הוי מדאוריי' אפילו נתכוון להנאתו חייב וא"כ במזיק שעבודו של חבירו דקיימא לן דאפילו בשוגג חייב מדאורייתא ה"נ אפי' לא נתכוון להזיק את חבירו אלא להנאתו חייב אבל בשה"ת שנ"א ח"ו סי' ל"ח כ' במוכר שט"ח וחזר ומחלו דהיכא מ"ד דאינו חייב אלא בנתכוון להזיק ואין הוא מרויח כלום אבל יורש שמחל לעצמו אינו משלם כלום וכ"כ הראב"ד בתשו' ע"ש וז"ל בס' המ"ד סי' כל"ח ד' כ"ד ע"ג קי"ל בהאי עובדא כיון דקי"ל דדייני' דינא דגרמי בהא וכולי מאי אהני לה להאי ברתא דאחלה כתובת' דאמה וכולי ואיתחזי לן דבהאי האי עובדא משאר מוכר שט"ח וחזר ומחלו דהתם מיתחזי כמזיק שהרי אין לו הנאה בהיזקו ומפסיד

ומפסיד ממונו של זה אבל הכא לא נתכוונה להזיק אלא להנאת עלמה וכו' ודמיא הא מלתא להא דאמרי' בפס' גיטין וכו' העושה מלאכה במי חטאת ובאפר חטאת פטור מדיני אדם ואפילו במזיד נמי פטור מ"ט משום דלא נתכוון להזיק אלא להנאת מלאכתו נתכוון וה"נ אע"ג דחייבו לשלם בדינא דגרמי ה"מ במתכוין להזיק אבל להנאת עלמו לא וכולי עכ"ל הרי דסבירא ליה דבדינא דגרמי נמי אינו חייב אלא במתכוין להזיק ויליף לה מהעושה מלאכה במי חטאת דאפי' במזיד פטור מה"ט דלהנאתו נתכוון אבל לדעת הרמב"ם דהעושה במי חטאת במזיד אע"ג דלהנאתו נתכוון כ"ש בדינא דגרמי דאפילו נתכוין להנאתו חייב וכן דעת הרמב"ן בס' הזכות ד' ל"א ע"ב והביאו בעה"ת שכ"א ח"ו סי' ו' שכ' או שלא רלה כדי שלא יחייבו ב"ד לשלם מדינא דגרמי ולשמואל מוחל ומשלם מדינא דגרמי וכו' ע"ש משמע בהדיא דאי מהניא חייב מדינא דגרמי וכ"כ הגד"ת שם והרמב"ן דס"ל כהראב"ד בעושה מלאכה במי חטאת דפטור אינו מטעם דלא נתכוון להזיק אלא משום דמקנסא לא ילפי' כמ"ש בקו' בדינא דגרמי הביאו המס"ל שם אבל במזיק שעבוד דלאו קנסא אלא מדינא אפי' נתכוון להנאתו חייב וכן ראיתי בס' א"ז לכתובות בפרק הכותב שכתב הרמב"ן על הראב"ד דאין דינו זה נכון וכ"כ הר' יונה שם וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סי' שע"ו דאפי' אין כוונתו להזיק חייב ע"ש ולדברי הראב"ד ק' דהוא ס"ל דדינא דגרמי לאו קנסא כמבואר בדברי בעה"ת שם וא"כ מה מדמה ליה להזיק שאינו ניכר דהוי קנסא דהא בפ' הניזקין מוכח בהדיא דלמ"ד הזיק שאינו ניכר שמיה היזק מדאורייתא' אפילו לא נתכוון להזיק אלא להנאת מלאכתו חייב וכו' דמשום דב"פ פרכין למ"ד היזק באינו ניכר שמיה היזק מהעושה מלאכה במי חטאת ומוקמי' לה בפרה שהכניס' לרבקה וכולי דפטור משום דליכא אלא מחשבה בעלמא וגרמא בניזקין פטור והרא"ש בפ' הגוזל עלים סי' י"ג כ' דהאיא כרבנן אבל לר"מ חייב בדיני אדם מדינ' דגרמי ע"ש וכ' מהרש"ל שם סי' כ"ו דה"ד למ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק דחייב לר"מ כמו שמחייב גבי נתיאש ולא גדרה כולה וכו' דתלוי נמי במחשבה אבל למ"ד היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק פטור התם ע"ש אבל הראב"ד כר' דס"ל אפי' למ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק כר"מ דפטור משום דלא נתכוון אלא להנאתו ולא להזיק והראב"ד לא אמרה דאם לא נתכוון אלא להנאתו פטור אלא בדינא דגרמי אבל העושה מלאכה במי חטאת ממש למאי דס"ד ודאי דאפילו נתכוון להנאתו חייב וא"כ הרא"ש חולק על הראב"ד וס"ל דאפילו נתכוין להנאתו חייב מדינא דגרמי וק' על הטור ומרן סי' ס"ו סכ"ג שכ' וז"ל כילד ראובן הלוה לבני בשטר ומכרו לשמעון ומת ראובן לא יאמר הבן הואיל ואני יורש החזקתי למחול לעצמי ואין לי לשלם מדינא דגרמי שאני לא נתכוונתי להזיק ללוקח אלא לפטור עלמי אלא פורעו כל החוב ללוקח ע"ש משמע דאינו חייב מדינא דגרמי כיון דאין כוונתו להזיק אלא שפורע מדין חוב והוא הפך הרא"ש ועי' בתשו' מהריב"ל ח"ב סימן ס"ו :

כ"ה ב' האחרונים וה"ה מטלטלין המשועבדים באגב שמכר היורש אע"ג דלא הוי מזיק אלא מכח תקנת השוק חייב לשלם והכי נקטי' ה' בית דוד ד' מ' ע"ב ע"ש ומה שתמה הכנה"ג וז"ל הרמב"ן שכ' בעה"ת שמ"ג שאם מכר מטלטלים המשועבדים באגב ילך המלוה ויגבה מן הלקוחות והא מפני תקנת השוק אין מוליאין מידם ע"ש כר' דלק"מ דהרמב"ן מיירי בב"ח מאוחר שתפס מטלטלין ומכר' וקי"ל דב"ח מאוחר שקדם וגבה ליכא תקנת השוק כמבואר בסי' ס' ע"ש וכיון דמוליאין ממנו כ"ש דמוליאין מהלוקח ממנו דמכר דבר שאינו שלו ולא שייך תקנת השוק אלא בלוה או יורשיו שמכרו שהוא שלהם אלא שהוא משועבד :

כ"ו ב' המרדכי בפ' המניח בשם ר"מ וז"ל א"ל מורי הר"י מווינא בשם הר' יהונתן מדלא מחייב ליה מדר"ן החופר וכולי מן הדין חייב לפרוע לבעל הקרק' דהפסידו וכיון דחייב לא יתחייב לב"ח מדר"ן וכולי ש"מ דלא מחייב מדר"ן אלא כגון ראובן לוה משמעון ושוב לוה שמעון מלוי חייב ראובן ללוי מדר"ן כיון דבעידנא דנתחייב שמעון ונשתעבד ללוי נשתעבד לו ראובן כמו כן אבל אם שמעון לוה מלוי תחלה ושוב לוה ראובן משמעון לא משתעבד ראובן ללוי וה"ט דהכא פטור ואמרתי למורי דהכא מיירי בכה"ג שאין מזיק לבעלים כלום וכולי וכה"ג מיירי המזיק שעבוד כגון שראובן עשה שדהו אפותיקי לשמעון וא"ל לא יהא לך פירעון אלא מזה וכולי והלך ראובן בעלמו וחפר וכולי וכ"כ הרא"ש הובא בס' א"ז בש ע"ש וק' דאפותיקי מפורש אפילו היה המזיק אחר נמי פטור כיון דהלוה אינו חייב למלוה לא שייך דר"נ וכ"כ הרא"ה בס' א"ז שם וז"ל מזיק שעבודו של חבירו לדעת האומרים פטור דוקא באפותיקי מפורש וכולי ולא סוף דבר בשהזיק המשועבד אלא אף באחר כן שכל שבאחר פטור אף במשועבד כן ע"ש משמע דה"נ באפותיקי מפורש אפילו הזיק אחר פטור אבל יש להסתפק אם חייב המזיק לבעלים דאע"ג דאין המלוה גובה ממנו משאר נכס' אפשר דחייב כמו שפסק הרמב"ם והטור ומרן בר"ס רכ"ו ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ובא לוי והוליא מיד שמעון אם רלה ראובן לעשות דין עם לוי עושה אע"ג דאין עליו אחריות שהרי ראובן א"ל אין רלוני שיהא תרעומת לשמעון עלי שהפסיד בגללי ע"ש וה"נ אע"ג דהוי אפותיקי מפורש כיון שיכול לסלק כממון שלו הוא ולא הוי כגבוי ואע"ג דאין עליו אחריות לדון עם המזיק א"ד שאני התם דאיכא תרעומת שמפסיד שמעון בשביל ראובן דב"ח שלו טרפה אבל הכא דההיזק לא בא מלד הלוה אימא דאין לו דין עם המזיק ומסתברא דחייב לבעלים (א"ה עכ"מ) :

כ"ז ו"א דאינו גובה וכו' כ' הטור דבמכרו מטלט' לכ"ע אין ב"ח גובה מהדמים משום דאין המטלטלין של היורשים משועבדים למלוה מן הדין ואף לאחר תקנת הגאונים לא תקנו אלא בעודם ביד היורשי' אבל אם קדמו ומכרו אותם איקמוה אדין תורה ע"ש וכ' הכנה"ג וגר' דסבירא ליה דאפילו המטלטלי' המשועבדים באגב כיון דמדאורייתא אין שעבוד ב"ה חל על המטלט' אפילו שעבדם באגב נאמר דלא שעבדם אלא שיגבה בעוד שהם בידם אבל אם מכרם לא ע"ש וגר' דה"ד לדעת התוס' בקמא דף י"ב בד"ה אנא וכולי שכ' בקנין אגב מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא וכ"כ הרא"ש בפ' הגוזל והובא בב"י סי' שם"ג ע"ש אבל לדעת התוס' בפ' הגוזל בתרא דקנין אגב דאורייתא אם יש לו קרקע וכן כתב הריטב"א בחי' ד' כ"ו שכן דעת רבו וכן דעת הרמ"ה בפ' מ"ש סי' פ"ג ע"ש פשיטא שאם מכרו מטלט' גובה ב"ח מהדמים משום דנשתעבדו לו המטלטלין מדאורייתא וכ' הרדב"ז ח"ב סימן תרע"ז דלוה שנתן בחייו מתנה ומת ובא ב"ח לטרוף ממנו כיון ששעבד לו מטלטלין וז"ל מה שטען שמעון שילך אלל היורש לינה טענה דקיי"ל דאי אישתדוף ב"ח טורף ממשעבדי וכולי ואם יש להיורש נכסים אע"פ שהנכסים שירש אכלן או הפסידם בידים אינו

אינו טורף ממשעבדי דמ"ל הנחתי לך מקום והיורש הזיק שעבודך הגנה ממנו דקי"ל המזיק שעבודו של חבירו חייב לשלם והם נאבדו או נפסדו נכסי הירושה טורף ממשעבדי אע"ג דיש נכסים ליורש אינו חייב לפרוע חובות מורישו עיין שם :

כ"ה דין ה' אם תפס וכולי הטור כ' תפס המלוה מטלטלין מחיים נוטה מהם וכולי וכו'

מרן הב"י דה"ד גד לא הגמר' דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי לב"ח אבל אחר תקנת הגאונים אפילו לא תפס מגבי' ליה מיניהו מיהו אפילו אחר תקנת הגאונים מהניא ליה תפיסה כגון אם אין עדים או שטר בזה חייב לו כו"ך שאם לא תפס לא מגבי' ליה וכו' השכה"ג לכאור' נר' להגיה לא מהניא ליה תפיסה והיא דעת הר"ש מינץ סי' ס"ד ול"ו וזה דעת החכמים שכ' מהר"ם מטראני וכו' והנכון כגי' הכתובה בספרים ומיירי בתפיסה דלאחר מיתה וחולק על מהר"ם מינץ שסובר דלא מהני תפיסה דלאחר מיתה שאין לו שטר או ראיה שחייב לו ומרן סובר דמהני במגו דהחזרתי וכדעת מהר"ם מטראני ע"ש וליתא שהרי מרן בב"ה כ' על הטור דלא הו"ל לכתוב דין זה כיון דתקנו הגאונים לגבות ממטלט' דיתמי ע"ש וא"א דלא מהני' תפיסה א"כ לאחר תקנת הגאונים נמי כ' הטור דין זה אם אין לו עדים או שטר שחייב לו אלא דוקא תפס מחיים וגם גי' הספרי' אפ' דמחיי' קאמ' דמהני תפיסה דבלא תפיסה לא מגבי' ליה אם אין לו עדים או שטר ועוד שהרי בעה"ת במ"ע ח' י"ו הסכים דמהני תפיסה דלאחר מיתה אחר תקנת הגאונים אפילו בחוב על פה שאינו ברור וכ"כ הו מרן הב"י אחר כך עיין שם ובסי' ק"ה כתב מרן הבית יוסף ואפ' דס"ל ככתוב בהג' מרדכי פ"ק דב"ק דבזמ"ז דמהניא תפיסה דלאחר מיתה ובתשו' כלל ק"ו כ' הרא"ש שכן פסק הרי"ף וכן דעת הרמ"ה גם ובתשו' הרה"ג ש"ס ז"ל ונסתפקתי אם נאמר כתי דמהני תקנת הגאונים לחוב ידוע ומוחז' בשטר או מלוה ע"פ וידוע שלא פרעו כגון שחייב מודה או דבמוהו ומת בשמתי' אבל בדבר שאינו ידוע כי אם ע"פ כולי האי לא תיק"ו כ"ל דהין חי' כיון דגבית ממטלטלין לא פקע שעבוד מן המטלטלין והפיסה אחר ככל אשר יוכל לטעון ואם תפס בחיי אביהם נאמן נמי עתה וכו' עכ"ל הרי דמהני תפיסה לאחר מיתה אפילו בחוב ע"פ שאינו ברור ועיין בב"ש בא"ה סי' ל"ג ס"ק מ"ג והמבי"ט שם כ' דגם אותם חכמים לא אמרו אלא ביתומים קטנים אבל ביתומים גדולים מודו דמהני תפיסה ע"ש וא"כ מרן דמיירי הכא ביתומים גדולים לא אתי כותייהו ועוד דמרן בסי' ק"י תמה על בעה"ת שכתב י"ד בכ' דאם תפס בחיי אביהם כיון דליכא עדים וראיה אפי' תפס אחר מיתה הו"ל דמהני ואפשר דאפי' תפס לאח"מ מהני וכו' הרי דס"ל דאפי' לגבי יתומים קטנים מהני תפיסה לאח"מ וכן ראיתי להמס"ל בפ' כ"ה מה' מלוה בתשו' עש"ב ומה שתמה שם על המבי"ט מאחר שכתב טעם אותם חכמים שפסקו כר"א שכ' הטור דתקנת הגאוני' לא היתה אלא במלוה בשטר אבל במלוה ע"פ לא וכו' מה הפרש יש בין תפיסה דקטנים לתפיסה דגדולים ע"ש לק"מ דדוקא ביתומים קטנים דאין מזקקין להם עד שיגדלו כ"ל לזכות להם לאוקומי אחזקייהו' דלא מהני תפיסה כדעת י"א אבל ביתומים גדולים דמזקקי' להם ודאי פוסקי' להם הדין דמהני תפיס' כדעת רוב הפוסקי' ע"ש ועוד דאותם החכמים ס"ל ביתומים לא מהני תפיסה לאח"מ כדמשמ' מל' בעה"ת בי"ד אם תפס בחיי אביה' וכו' דוקא ביתומים גדולים מהניא תפיסה אפילו לאח"מ כיון שיכול לגבות מיד בשבועה משא"כ בקטנים כמ"ש הש"ך בס' ק"י ס"ק ה' ע"ש אבל ביתומים גדולים אפשר דמודה דמהני תפיסה ומהר"ם מינץ סי' ע"ד דפ"א ע"ד כ' וז"ל ויש ללמוד מזה ה"ה מי שיש בידו נכסי יתומים ולא ידעי' אי מחיים תפס או לאח"מ ואמר דתפס מחיי' בחוב שחייב להם אביהם אע"ג דאין להם ראיה דאביהם חייב לו נאמן בשבועה במגו דאי בעי אמר להד"מ או החזרתי ליתומים אי הוו מטלטלי' ולא ראה או אפילו ראה ולא א"ל אל תחזירו אלא בעדים נאמן במגו אבל מי שתופס לאח"מ נכסי יתומים ואין לו עדות ולא ראיה שאב היתומי' חייב לו גם ל"מ למיטען מחיים תפיסנא הלא ברור דלאח"מ תפס זה אינו נאמן לומר דאבי יתומים חייב לו במגו דא"כ אמר החזרתי ליתומים דכיון דתפס לאח"מ אז מיד כשמת אביהם קנו הנכסים בחזקת היתומים וכו' כמו יתומי' שקנו נכסים או שירשו נכסים לאח"מ אביהם וכו' עש"ב הרי דס"ל דתפיסה דלאח"מ לא מהניא אפי' ביתומים גדולים אם אין לו ראיה שאביהם חייב לו כל שהנכסים היו בחזקת היתומים אחר מיתת אביהם וזה ודאי תפיס' לאח"מ אפי' תפיס שלא בעדים ואיכא מגו דלהד"מ לא מהניא תפיסתו כמו שקנו היתומים נכסים לאח"מ אביה' דלא נשתעבדו ומבואר שם דאפי' יש עדים שחייב לו דטעני' להו שמא פרע לא מהניא תפיסתו אע"ג שהחוב ברור וספק בפירעון ע"ש אבל אנן לא קי"ל הכי כמבואר בדברי בעה"ת והטור דאפי' אין עדים שחייב לו דאין החוב ברור דאם תפס אפי' ראו העדים בידו דאינו יכול לומ' להד"מ כיון שיכול לומר החזרתי נמי לומר שחייב לו במגו דהחזרתי ועי' בס' לחם רב סי' כ"ו :

וראיתי להרדב"ז ח"ב סי' רע"ה בראובן שיש לו חוב על שמעון בשטר ובאותו שטר כתיב שיש לשמעון ביד ראובן סחורה בשותפות וגודה ראובן שמכר הסחור' והגיע לידו הדמים אלא שטוען ששמעון חייב לו ממקום אחר ורוצה לגבות משמעון חובו כ' וז"ל ועוד שהרי יכול לטעון נאנסו וא"כ נאמן לומר לפירעון חובו נתכס אלו במגו דנאנסו וכבר כ' המס"ל בפ' כ"א מה' מלוה בתשו' וז"ל והטעם הב' שכ' כת"ר דלא מהני מגו דנאנסו דאם היו במקום רואים צריך להביא ראיה וכו' אני תמיה שדין זה דבמקום רואים אינו נאמן הוא כשאומר במקום פ' נאנסו ואותו מקום יש רואים מ"ה אינו נאמן עד שיביא ראיה אבל כשאינו מאמינים אותו בטענה אחרת במגו דנאנסו אנו אומרים מגו דא"כ אמר נאנסו במקו' דליכא רואים וגדולה מזו כ' מהרימ"ט סי' פ"ט דאפי' אם מקו' האונס יש רואין נאמן לומר נאנסו מגו דא"כ אמר בתוך מבואות האפילות נאנסו וכו' ואף בפקדון כלי או חפץ שאין לו קול כ' מהרימ"ט ח"א סי' ק"ה דחשיב אין רואין ולא חייב בנדון שלו דלא מהני מגו אלא משום שהיו הנכסי' מרובים וקלא אית להו למלתא ע"ש וא"כ ה"נ בנ"ד נאמן לומר לפירעון חובו נתכס לי מגו דא"כ אמר נאנסו במקו' שאין רואים וכ"כ מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סי' קמ"ג דאפי' במקום שהרבים מצויים דלפעמים יארע בשיירא בלילה שיגנבו או יגזלו של א' מן השיירא ואין ידוע וכו' ע"ש וגר' דמהרימ"ט אזיל בשיטת אביו המבי"ט ח"א סי' רל"ב שכ' דא"א בכרי עופרת אלא בפני עדים ולרי' ראיה וכו' וכבר חלק עליו מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סימן קמ"ז דשייך נמי טענת נאנסו או החזרתי עש"ב מיהו מ"ש מרן בתשו' שם ועוד דאפי' אם נאמר דא"א דלא אוושא מילתא טובא מכ"ל דלא אוושא מילתא במגרים כשנגנב עופרת זה ואלו היה מכה חי היה מביא ראיה

ועכשיו

ועכשיו שמא טוענים ליתומים ע"ש המהני דאין טוענים ליורשים אלא טענה שהיה המוריש נאמן עליה בלא ראיה אבל טענה שהיה המוריש צריך להביא עליה ראיה אין טוענין אותה ליורש כמו שהוכיחו התוספות בבתרא דף נ"ב בד"ה ומודה וכו' והרשב"א בתשו' ח"ב סי' מ' ע"ש ומהר"ש לניר בס' חוט המשולש בסי' כ' בשמעון שהולי' סחורה בספינה לעיר א' וז"ל שטענת נאנסו אללו כמו' היא טענה גרועה לפי שהיה צריך להביא ראיה עליה ולא היה נאמן בשבועה וכו' אם בספינה היה טוען נאנסו צריך להביא ראיה דיש רואה הכא וג"כ בעיר קלא אית ליה וכו' ע"ש ועי' בתשובת הרשב"ש סי' קכ"ט :

כ"ט דין ז' ונתנו לו היורשים וכו' אם אמר המלוה אני רוצה ליטול הקרקע כנגד כל חובי מהכא דאין ראיה דיכולים היורשים לסלקו במעו' מה שבו' הקרקע אבל הדין אמת הרשב"ץ ח"א סי' יו"ד עש"ב וכ"כ התוס' בבתרא דף ק"ז בד"ה רב אמר וכו' ע"ש אבל הרב למח נדק כי' כ"א כתב דיכול לומר לדידי שוה מאה ואין היורשים יכולים לסלקו ע"ש והרב פנים מאירות חלק שני סימן מ"ו האריך ומסיק דאין הבעל חוב יכול ליטול הקרקע כנגד כל חובו עש"ב :

ל' ובן אין ב"ח מאוחר וכולי אבל אם נתנו היורשי' לבעל חוב מאוחר ובא בעל חוב מוקדם וטרפה חוזרין היורשין וגובין המעות שנתנו לו הריטב"א הובא בש' א"ז בפרק מי שהיה נשוי עיין שם :

ל"א דין ז' אלא נוטל א' מאיזה מהם שירצה וכו' כ"כ הרא"ש בפ"ק דב"ק והרשב"א בבתרא בפ' בית כור והובא בש' א"ז וז"ל משתברא דכל שבא ליטול מאיזה שירצה והוא שיש ביד כל א' וא' בינונית שאז ראויה לו דנכסים ערבים הם והמלוה את חבירו ע"י ב' ערבים נפרע מאיזה מהם שירצה ואע"פ שיש בתוס' דמכילתין הפך מזה וכולי עכ"ל וכ"ד הר"ן שם משמע דוקא דכששניהם שוים (א"ה עכ"מ):

ל"ב דין ח' אם הם מצויים וכולי כ' הרשב"ץ ח"ב סימן רל"ד דיכול לגבות מאיזה שירצה אם האחרים אינן כאן או אם הם קטנים או לא נתרצו הגדולים לפרוע עיין שם וכ"כ המבי"ט ח"א סי' קנ"ה דהא דאמרי' דכשלא עשאו אפותיקי גובה מכל א' חלקו היינו במקום גדולים אבל כשיש קטנים שאינו יכול לגבות מהם הוי כאשתדוף וגובה הכל מהגדולים דלא עדיפי מהלקוחות דהוו משועבדים. שכתב הרשב"א דגובה מהם במקום יתומים קטנים עיין שם בקיצור והביאו הכנה"ג בסימן קע"ה אות א' עיין שם ותמהני דהרשב"א בתשו' חלק שני סימן בס"ד כ' וז"ל מי שהניח בנים קטנים וגדולים ויצא עליהם שטר חוב שהיה אביהם חייב וכולי נזקקים לנכסי גדולים וכולי אבל לנכסי קטנים אין נזקקין אפילו יודו הגדולים לב"ח שהם יודעים שלא נפרע החוב וכולי שאפילו באו עדים ואמרו בפנינו הודה לו בשעת פטירה אין מקבלין מהם שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וכ"ש האחים שאינם בתורת עדות ואין אומרים חזקה לא משקרי שהרי הם פורעים לו חלקם וכו' והיינו דלא אשכחן בערכין נזקקין לנכסי יתומים אלא בכתובה וכולי וא"ה לוקמא נמי כשיש גדולים עם הקטנים וכולי עיין שם הרי שכ' דאינו גובה חלק הקטנים דל"ל דאין נזקקין לנכסי הקטנים אלא גובה הכל מהגדולים וכשיגדילו הקטנים גובים הגדולים שהרי כ' ואין אומרים חזקה לא משקרי שהרי הם פורעין לו חלקם אלמא אין פורעין לו חלק הקטנים אלא חלקם דא"כ נוגעים בעדות הם וכן כתב בהדיא בסימן שפ"ה והביאו מרן הב"י סימן ק"י ע"ש וכן כתב הרב חקות הדיינים סימן ק"ט וז"ל אם יש ביניהם גדולים יחלקו הנכסים וגובה מנכסי הגדולים ואין הקטנים מגלין את הגדולים אבל אינו גובה מנכסי הקטני' ואע"פ שהגדולים מודים אבל אם עדין לא חלקו גובה מאותם הנכסים כ"כ מורי בתשו' ע"כ (עכ"מ):

ל"ג דין י"ב אינו גובה מהיורשים וכולי והא דלא מחק הכתב דילמא מלאך המות אנסיה כדאמרי' בפ' המוכר את הבית גבי שטר כיס הרשב"א הביאה מרן הב"י והיא בח"ג סימן ק"ל ע"ש ובפט"ו דיבמות גבי מלא כלי וכתוב עליו קרבן וכו' רי"א אפי' מלא חבית וכתוב עליו תרומה הרי אלו חולין וכו' אמרי' דת"ק סבר א"א דפינהו הוא גורר את האות ור"י סבר אשלויי אישתלי וקי"ל כת"ק כמו שפסק הרמב"ם בפ"ו מהל' מעשר שני עיין שם לכאור' דה"נ אמרינן א"א דפרע היה מוחק הכתב מיהו התוס' והרא"ש הביאו הירושלמי דר' יונה ור"י הוו שותפי בגרבי דחמרא כד דמך ר' יונה אמר. ר' מנה בריה דר' יונה כל גרבי דכתב ביה ר' יונה דידי הוא א"ל אשתקד הוה דידיה השתא הוו דידי עיין שם משמע דהכי קי"ל וגר' משום דר' מנה טוען שמא ור"י טוען ברי ואין סומכין על הכת"י כיון שהוא טוען ברי דאישתלי ולא מחק אבל גבי מלא כלי וכולי דספק הוא ואין שם טענת ברי סומכין על הכת"י ואמרינן א"א דבעליו פינה היה גורר את האות ועוד דר"י מוחזק בממון כמ"ש מהריק"ו סי' קס"א וז"ל דלכאור' דר"י מוחזק בממון מדהוה מהימן למימר אשתקד ודוקא במלא כלי וכולי סובר ת"ק דסומכין על הכתיבה אבל אם מוחזק וטוען ברי שהם שלו נאמן וא"כ ה"נ דהיורשים מוחזקים טוענים להם שפרע אביהם ושכח ולא מחק הכתב כיון שאביהם היה נאמן אם טוען כן ושו"ר לה' בני חיי בי"ד סס"י רנ"ח שכ' דבממון חיישי' טפי ע"ש :

ל"ד אינו גובה מהיורשים אא"כ היה בתו"ז וכולי מהרח"ש ח"ב סימן כ"ב דקדק דילמא לא לוה כלל דכתב ללות ולא לוה ומזה הכריח דדוקא בשטר חוב שצריך ליתן ביד המלוה אמרי' הכי אבל בכתב שלא עשאו ליתן ביד המלוה מסתמא לא כתב אא"כ לוה ולא חיישי' אלא לפירעון עיין שם וגר' דמיזה יש לדחות דכבר כתב הר"ן בפרק האשה שנתארמלה דכ' ללות ולא לוה מלתא דלא שכיחא היא והרשב"א סבירא ליה דאין טועני' ליורשי' דלא שכיחא כמ"ש בש' א"ז לבתרא בפ' המוכר את הבית דטענת נאנסו כיון דלא שכיחא לא טעני' ליורשים וכ"כ הר"ן בשמו והכי קי"ל כמו שפסק מרן בסי' ס"ה ס"ד דלא טעני' להו שלקחו למשכון משום דלא שכיחא וכן מור"ם בסימן ע"ה ס"ד ע"ש וא"כ אפשר דה"נ לא טעני' לוה שכתב ללות ולא לוה דמלת' דלא שכיחא היא אבל נ"ל ראיה מדב' מהריק"ו סימן קס"א בנמצא אחרי מות אדם כתב כתוב שהקדיש כלים וז"ל אמנם מ"ש דאפי' ימצאו אנשים מחוץ לעיר דיקיימו דלא מהני מאחר דלא נמצא אלא בביתו דכי היכי דאמרינן בשטר הנמצא ביד הלוה שמא כתב ללות ולא לוה כך נימא שמא היה בדעתו להקדיש ולא הקדישו אין נלע"ד דהא פשיטא דלא דמי לשטר הנמצא ביד הלוה וכן להא דאמרינן בספ"ק דב"מ שמפון הנמצא מתחת יד המלוה וכולי דדוקא התם כיון דא"ל שפרא איתרמי ליה וכתב או משום דילמא אתי בין השמשות וכולי כדאיתא התם הא לא"ה הו"א דמהני וה"נ נימא דמהני הך כתב שהוא כת"י כיון דלא שייך ה"ט וכולי

וכולי עיין שם והביאו מרן הב"י בא"ח סימן קנ"ג בקיצור ופסקו שם סי"ט ע"ש אלמא לא אמרינן הכי אלא בשטר חוב או בשובר שכתבו כדי שיהא מוכן ליתנו למלוה או השובר ללוה כדי לפורעו אבל בכתב שלא עשאו ליתנו למלוה דלא שייך ה"ט והאי דאם אינו חייב לו לא היה כותבו :

סימן ק"ה

א' דין א' כשחייב מודה ולוה בחוליו שיש לפ' וכו' כ' הב"ח שלוה ואמר תנו לפ' וכו' א"נ בהודה בדרך שלא היה בו חשש הערמה וכולי עיין שם וכן בפ' שום היתומים אמר רבא אין נזקקין לנכסי יתומי' ואם אמר תנו נזקקין וכ' התוס' בד"ה ואם התנו וכו' לכאור' פי' תנו החוב וכו' וצ"ע אמאי שבק ליטנא שחייב מודה ושמא לכך נקט האי ליטנא תנו דשייך ביה בחוב ובמתנה דאם לוה אביהם ליתומים ליתן מתנה דנותנין מתנה בכולה או במקלא ועשה קנין ואימא פשיטא שאם אמר תנו נזקקין כיון שנתנו במתנה ואור"י וכולי ועוד איכא הודאה דלא שני דלא אמר תנו וכולי כגון שהודה מעצמו וכולי אבל תבעו והודה אפילו בלא אתם עדי ולא אמר תנו נותנין דאין אדם משטה בשעת מיתה עכ"ל משמע דסבירא ליה דאם אמר תנו מנה לפ' בלא קנין אמרינן דלא מתנה הוא אלא בחוב קאמר דשייך ל' תנו החוב והמת"א ה' זכיה ומתנה סי' ל"ח כ' על שמעון שאמר תנו ק"ק לפלוני בלא קנין ומת ובא ראובן ותבע הק"ק זוז וטוען היורש דאין המתנה מתנה כיון דלא קנו מידו וראובן אמר שהוא חייב לו ק"ק זוז ובשביל חובו קאמר ליתן וראובן תפוס הוכיח ה' שם דתנו שייך על החוב והדין עם ראובן ע"ש ולכאו' נר' דה"ד כשהוא תפוס אבל אם אינו תפוס אמרי' שמא למתנה איכוון ובלא קנין לא קנה ומספק אין מוציאין מיד היורש וכן משמע קצת מדברי התוס' דנקטי תנו דשייך במתנה במקלא אם עשה קנין ותמהו תימא פשיטא וכולי וא"א אימא דנקט תנו לאשמועי' דאפי' אמר תנו בלא קנין לא אמרי' דמתנה היא ובלא קנין לא קנה אלא על החוב קאמר ונזקקין אלא משמ' דמספק אין מוציאין מיד היורש ובירושלמי פ' התקבל אמרי' גבי גניבא דאמר יבון לר' אבונא מזמן חמרא דכפר פגייא ולא יבון ליה חשין לאה דרב דאמר דהיורש כמשועבד כשם שאין מלוה בעדים ניגבית מן המשועבד כך אינה ניגבית מן היורשים ופריך ולא יתנון משום חוב יתנון ליה משום מתנה ומשני חשו לאה דר"א דר"א בעי מתנתו כמתנת שכ"מ או כבריא ע"כ משמע דלמאי דקי"ל דמלוה ע"פ גובה מהיורשים אם אמר תנו פריך לר"א דמספק' ליה או כמתנת שכ"מ או כבריא נותנין לו דאמרי' תנו משום חובו קאמר ולכאו' י"ל דהתם משום דהוי ס"ס משום דר"א מספק' ליה שמא דהוי כמלוה מחמת מיתה וא"ת כבריא שמא משום חובו קאמר והיינו דפרכי' יתנון משום מתנה ומאי קשיא כיון דאמר יתנו סתם דילמא משום חובו קאמר ותייבי' לדרב אלא משום דהוי ס"ס דשמא מלוה על פה גובה מהיורשים וא"ת אינו גובה שמא מתנה קאמר וכס"ס מוציאין מיד המוחז' וה"ה מהיורש כמ"ש בסי' כ"ה ע"ש וכו' דלשון תנו משמע הכי והכי במתנה או בחובו וכה"ג אמרי' בפ' השולח דף ל"ב גבי בטל הוא בתי לשונות משמע וליטנא דמהני קאמר ופירש"י וכיון דהכי הוא מסקנא דמלתא כי טעין איניש מלתא דמהניא במילתיה קא טעין ע"ש וה"נ א"ל דתנו שתי לשונות משמע וליטנא דמהניא ביה קאמר והיכא דלא מהני בחוב מהני במתנה ולהכי פריך הירושלמי אי לא יהבון ליה משום חוב יהבין ליה משום מתנה דכיון דלא מהני בחובו לרב אמרי' במתנה קאמר וה"נ בש"מ דלא מהני במתנה בלא קנין אמרי' בחובו קאמר לדידן דמלוה על פה גובה מהיורשים וא"כ אפילו לא היה תפוס גובה מהם ועי' בהכנה"ג סימן רנ"ג הגב"י אות י"ג שכתב דאע"ג דקי"ל כחכמים דאדם מוציא דבריו לבטלה ה"ד בבריא אבל בש"מ לכ"ע א"א מד"ל דומיא דאמרי' אין אדם משטה בשעת מיתה והר' קהלת יעקב דף קפ"ה הוכיח כן ממ"ש רשב"ם בפ' י"נ גבי ש"מ שכ' כל נכסיו לאחר אם ראוי ליורשו נוטלו משום ירושה ואם לא נוטלן משום מתנה וז"ל ואם לא נוטלן משום מתנה דכיון דאינו ראוי ליורשו ע"כ נכסים נותנים לפ' קאמר דאין אדם מוציא דבריו לבטלה ולמתנה מכוון עכ"ל אלמא דבש"מ א"א מד"ל ע"ש נראה דאפי' בבריא אמרינן הכי כמ"ש הרמב"ם ומרן בסימן רמ"ח גבי נכסי לך ואחריך לפ' דאפילו ליורש הוי לשון מתנה בבריא משום דאין אדם מד"ל וכמ"ש מהרא"ח ח"ב סימן ל"ו דכל שיכולים לפרש דברי האדם בלשון המועיל אפילו רבנן מודו וכ"ש בש"מ וא"כ ש"מ האומר תנו מנה לפלוני דמלוה על פה אינו גובה מהיורשים אמרי' דהוי לשון מתנה מיהו י"ל דלא אמרי' הכי בדבר שאינו פשוט כמ"ש בפ"ק דמציעא דף ט"ו גבי מקדש אחותו דאם יודע שאין קידושין תופסין באחותו וגמר ואמר לשם מתנה וכ' התוס' וז"ל אבל בערכין בפ' המוכר גבי המוכר שדהו בשעת היובל ואמר שמוחל מעות חוזרין ל"ל אדם יודע שאין מכר ביובל דאין זה פשוט דהא אמר רב מכורה ויוצאה עכ"ל ה"נ א"ל דדוקא גבי בטלה הוא אמרי' דליטנא דמהני ביה קאמר משום דאדם יודע דלא מהני במתנה דלשון דלהבא וכן גבי נכסי לך ואחריך לפ' אמרי' דהוי לשון מתנה משום דפשיטא דלא מהני לשון ירושה דאין אדמ"ל אבל באומר תנו מנה לפ' לא אמרי' דהוי לשון מתנה משום בחוב מלוה ע"פ אינו גובה מהיורשים לרב דהא איכא מ"ד דגובה מהיורשים וקי"ל הכי מיהו נר' דדוקא גבי מקדש אחותו וכן מוכר שדהו לא אמרי' אדם יודע וכו' בדבר שאינו פשוט כ"כ לשנות לשונו אבל כל היכא דמצי' לפרש דבריו בלשון המועיל מפרשי' וכה"ג כ' הריטב"א בפ' אע"פ דף מ"ח גבי מעשה באומר יקדשו ידיך לעוסיקן וז"ל דאי טעמא דר"מ משום שאדם מקדים דסב"ל הא לית הילכתא כותיה אבל אי טעמא דידיה משום דמעשה כאומ' יקדשו ידיך לעוסיקן אפ' דהילכת' כותיה ואע"ג דלא קי"ל כותיה במעריך פחות מבן חדש התם הוא שאתה משנה לשונו מערך לדמים אבל הכא כי אמר שהוא מקדים ידי אשתו י"ל דה"ק שהוא מקדים אותם כדין חכמים וכדין תורה דהוי כאלו אמר בפי' יקדשו ידי לעוסיקן וכולי ע"ש הרי שכ' דכל שאין משנין לשונו קי"ל כר"מ דאין אדם מד"ל וה"נ בש"מ שאמר תנו מנה לפ' שאינו זוכה במתנה בלא קנין אמרי' אין אדם מד"ל ותנו בחובו קאמר ואף על גב דבפ"ק דמציעא גבי מקדש אחותו דאמרי' דגמר ונתן לשם מתנה דאדם יודע וכולי כ' התוס' בד"ה ונתן לשם מתנה אבל בערכין גבי המוכר שדהו בשעת היובל עצמה דאמר שמוחל מעות חוזרין ל"ל דאדם יודע שאין מכר ביובל דאין זה פשוט דהא אמר רב מכורה ויוצאה עכ"ל אלמא במידי דפלוגת' לא אמרי' אדם יודע וכו' התם נמי משנה לשונו ממכר למתנה ומקי' למתנה אבל כל שאין משנין לשונו לעולם אמרי' אדם יודע וכולי דהא במקדש

מעשה

מעשה ידי אשתו איכא תנאי דס"ל דאד"מ דשלב"ל ואפ"ה אמרי' אדם יודע שאין מקדים דשלב"ל דאין אדם מד"ל ונעשה כאומר יקדשו ידי לעושיהן וכ"ש במלוה מחמת מיתה שאמר תנו מנה לפ' למ"ד אין מלוה ע"פ גובה מהיורשים דאמרי' במתנה נתכוון וש"מ דאמר תנו מנה לפ' דלכ"ע לא קנה בלא קנין אמרי' בחובו קאמר דהא אפי' בבריא אמרי' אין אדם מד"ל וכ"ש בש"מ שהרי כ' הר"ן והביאו מרן הב"י סימן רנ"ג וז"ל ומיהא שמעי' דלא מתקנינן ליטנא דש"מ וכולי אבל ראיתי להרמב"ס שכתב וכן אם אמר תנו שטר לפ' זכה במה שיש בשטר ואפשר לקיים דבריו דכל ש"מ שמתחיל הדבר בדרך שיש לו להתחיל אע"פ שלא גמרו אנו גומרין דבריו וכדאמרי' ש"מ שאמר כתבו גט לאשתי כתבו ותנו קאמר שכך דרכו מתחיל בדבר ונשמט בדרך קלרה וכולי עכ"ל הרי דש"מ שהתחיל בדבר אנו גומרין אותו ומפרשי' דבריו וגם הרשב"א והר"ן דס"ל באומר תנו שטר לפ' לא קנה השעבוד היינו משו' דעיקר הקנין חסר אבל באומר תנו דלא מהני במתנה מפרשי' דבחובו קאמר והראב"ד בהשגו' בפ"י מה' זכייה כתב וז"ל ועוד י"ל וכולי (א"ה עכ"מ) :

ב' וצוה בחליו וכולי היינו דוקא סמוך למיתה אבל קודם לכן טוענים להם שמא פרע אחר אות' נואה מהר"י וויל סימן ל' עיי"ש ועיין בתשובות הרדב"ז חלק שני סי' :

ג' אן שהיתה ההלואה לזמן וכו' ואם לממונה שלו שיתן הוי בתוך הזמן דהכא נמי לא עביד דפרע כיון שלוה לממונה ליתן והממונה מודה שלא נתן הרדב"ז חלק ג' סימן תק"ו עיין שם :

ד' הג"ה מיהו אם טענו היתומים וכו' דאין טוענ' ליורש וללוקח כל שהוא טוען בעלמו טענת בריא אלא אם הוא טוען בספק כך אמרו רבותי' ואני מוסיף על דבריהם דאין טוענים ליורש וללוקח עד שנשאל אותם מה טענתם דשמא יטענו טענת בריא ועליה אנו דני' הרשב"א הובא בספר א"ז לבתרא דף ל"א גבי זה אומר של אבותי וכו'. ע"ש ועיין בתשו' הרשב"א חלק ב' סימן ל"א ובתשו' ח"ד סימן ע"ו :

ה' וכן אם הוא הילא כתב יד אביהם וכו' ואם בידו פסק דין שחייב לו אביהם הכנה"ג בתשובות סימן כ"א כ' דכיון שהיורש מוחזק יכול לומר כמ"ד דנאמן לומר פרעתי נגד פס"ד וטוענים ליורשים כל מה שאביה' יכול לטעון עיין שם וכן כתב הרב עבודת הגרשוני סי' כ"ה דהמוליא מחבירו עליו הראיה עיין שם וכן פסק ה' עדות ביהוסף סימן ל"ו דאפילו היה בקנין לא אמרינן סתם קנין לכתיבה עימד וטוענים שמא פרע עש"ב אבל אנן קיימא לן דאינו נאמן לומר פרעתי נגד פסק דין כפס' מרן בסימן ע"ל עיין שם בהש"ך וכן פסק הרשב"ץ ח"א סימן קע"ג והרדב"ז ח"ב סימן רכ"ו ובסימן תרכ"ה כ' שכן נהגו בכל בית דין ואינו יכול לומר קי"ל עיין שם ועוד א"ל דאפילו למ"ד דנאמן לטעון פרעתי טענה דלא שכיחא היא לפרוע חובו ולהניח הפסק דין ביד המלוה ואין טוענים ליורשים טענה דלא שכיחא וכן ראיתי לה' פ"מ ח"ב סימן ק"ז והרב חוות יאיר סימן ע"ח ובזה ניח' מה שכתב הרמב"ם בפ"י מה' טוען מי שנתחייב בב"ד וכו' וילא ואמר פרעתי נאמן בשבועת היסת לפיכך אם חזר ואמר כתבו לי הפסק דין אין כותבין דהוא סבי"ל דאין טוענים ליורשים טענה דלא שכיחא כנראה מדבריו בפ"ו מהלכו' שאלה ואם כן א"ל דאם טען הוא שפרעו נאמן אבל שלא בפניו וללקוחות וליורשים אין טוענ' שמא פרע דמילתא דלא שכיחא היא שפרע והניח הפסק דין ביד המלוה לכך אין כותבין שמא יגבה בו מהלקוחו' והיורשי' עש"ב וכה"ג כתבו התוספות במליעא דף י"ג בד"ה הא וכו' גבי מלא שטר שלא יחזיר מהאי טעמא שמא יוליאנו שלא בפניו או על הלקוחות או על היתומים ולא נטעון להם מזוייף משום דלא שכיחא כמו שאין טוענין להם נאנסו עיין שם והכא נמי דכותה ומה שפסק מור"ם בסימן כ' פסק דין בכתוב בו פ' נתחייב לכנגדו חייב לשלם למי שמוליאו וכתב הסמ"ע דה"ד למ"ד דאינו נאמן לו' פרעתי נגד פסק דין דאם לא כן יהא נאמן לומר איני חייב לך במגו דפרעתי כמו בכתב יד וכו' ע"ש נראה אף על גב דלא שכיחא שיפרע ויניח הפסק דין ביד המלוה לענין מגו מהניא אבל ליורשים וללקוחות לא טענינן כמו טענת נאנסו דמהניא לענין מגו אף על גב דלא שכיחא ולא טענינן ליורשים מיהו הרדב"ז ח"ג סימן ל"ט כתב דהרמב"ם ס"ל טוענים להם אפילו טענה דלא שכיחא מדכתב בפרק ז' מה' שלוחין שלעולם טוענים ליורש עיין שם וא"כ משמע דסביר"ל דאינו נאמן לומר פרעתי בפסק דין כדעת רוב הפוסקים גם מהר"י ן' מיגש בתשו' סימן י"ב כתב וז"ל ושאלת הא דאמרינן בפרק קמא דמליעא וכו' כל מעשה ב"ד הרי זה יחזיר ואוקי' בשטרי אלטתא ואדרכתא דלאו בני פירעון נינהו והק' בעיניכם הא מידי דבר פירעון הוא אף על גב דמעשה בית דין הוא לא יחזיר דחיישינן לפירעון ואיך יסכים זה עם מ"ש הטוען אחר מעשה בית דין לא אמר כלום תשו' מ"ש כאן לחוש לפירעון אף ע"פ שהוא מעשה בית דין לפי שנמלא בשוק ונולדה בזה ריעותא וא"ל דמפרע פרעיה ומניה דלוה נפל וכולי ואם זה המעשה בית לא נמלא בשוק גם אינו מלוי עתה מכיון שיתקיימו העדים הוא בחזקת שהוא קיים ומי שטוען בו שפרעו עליו הראיה וכו' עכ"ל הרי דסביר"ל דדיני כשטר וא"כ נרא' דעת הרמב"ם כרבו ומ"ש מהר"י ן' מיגש אפילו אינו מלוי עתה בחזקת שהוא קיים נראה דה"ד אם נאבד בעדים כמ"ש הרמב"ם בפרק כ"ג מה' מלוה דאם אמר השטר אבד או נשרף אין כותבין לו שטר אחר שמא פרעו או מחלו לו ואפילו היה החוב לזמן עי"ש במ"מ אלמא אם נאבד חיישינן שמא פרעו אבל אם יש עדים שנאבד כו' דלא חיישינן לפירעון ועמ"ש בסימן מ"א וראיתי להרב עדות ביעקב סימן כ"ה שכתב דכל שהאב אינו זוכה אלא מספק ומכח שהוא מוחזק אין טוענים ליורשים וכן כת' הרב שמחת יום טוב סימן ל' דף קט"ו לדעת בעה"ת והביא מ"ש הכנה"ג בסימן זה דאין טוענים ליורשי' טענ' דקי"ל עיין שם ואם כן הכא נמי גבי פסק דין אפילו נימא דהלוה נאמן לומר פרעתי כיון דאינו זוכה אלא מחמ' שהוא מוחזק ויכול לומר קי"ל אין טוענים ליורשים כן אבל לא ראה הרב שמחת יום טוב דברי ה' כנה"ג בסימן רמ"ו שכן דעת מהרש"ג והרב תמה עליו מכ"ל הא ודעתו דאפילו למוחזק עלמו בית דין טוענים בשבילו קי"ל וכל שכן ליורשים וכן כתב בסימן כ"ה עיין שם ובתשו' סימן כ"ז דחה מי שר"ל כן עיין שם וכ"כ עוד בתשובות ח"ב סימן ס' עיין שם גם הרמב"ן במלחמות בסיף פרק כל הגט גבי המלוה מעות את הכהן וכולי השיג על הרז"ה וז"ל ועוד דאם כן אפילו בבית דין נמי לריך ליטול רשות שמא יהיו טוענים פרעו אבינו שהטוען אחר מלוה בבית דין פרעתי נאמן כדאמרינן בפרק קמא דמליעא בא מלוה לכתוב אין כותבין ונותנין לו וכשאמר גובה מהמשועבדים ולא מ"ל פרעתי ה"מ דלא ליית לדיני' א"כ איתברר דלא פרע כדפירש רבי' הגדול התם ועוד שאם

שאם מן הדין מלוה בפני ב"ד נמי כמלוה בעדים דמיא ולא אמרו אלא במעשה בית דין שחייבו אותו לפרוע שכיון שנתעלמו בדין וגדונו על פיהם יש לה קול אבל לא במלוה בבית דין וכו' עכ"ל הרי דסביר"ל דאינו נאמן לו' פרעתי נגד מעשה בית דין מיהו משמע דאם נאמן הוא הכא נמי טוענים ליורשיו וכבר הוכיח בפרק הגוזל בתרא דטועני' להם כל מה שהיה אביהם יכול לטעון אפילו טענה דלא שכיחא ול"ד קאמר שמא יהיו טוענים פרע אביהם דאפי' לא טענו הם בית דין טוענים בשבילם וכן מ"ש גם וז"ל ואפילו תאמר כאן עשאו כמלוה בשטר מפני התקנה אם כמלוה אחרת היא זו לא יהא אלא דנקיט שטרא אי טעני פרעי מי לא משתבע וכו' עיין שם ל"ד אי טענו פרעי דהנפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה דטועני' בשבילם אלא אם כן מודים או טענו לא לוה אביהו דגוב' המלוה בלא שבועה :

ו' דאנן טעני' להו וכו' הטור כתב דאם אין טוענים נוטלים יורשי המלוה בלא שבועה לפי שאין טוענין ליורשי הלוה לחיב ליורשי המלוה והרמ"ה כ' דאפי' לא טענו אנן טעני' להו והכי נמי מסתברא וכ' הפרישה הנראה דס"ד כשיש רגלים לדבר שחייב לו כגון שהלוהו בפני עדים אלא שאין יודעים אם פרעו וכו' עיי"ש וכי האי גוונא אמרינן בפרק הכותב ביתומים מן היתומים הנפרעים בשבועה אר"י ל"ש אלא שאמרו היתומים א"ל אבא לויתי ופרעתי אבל אמרו א"ל אבא לא לויתי אף בשבועה לא יפרעו וכ' המפרשים דס"ד דוקא אומ' לויתי ופרעתי כיון דאיכא רגלים לדבר אינו נאמן אפי' בשעת מיתה אבל באומר לא לויתי כלל נאמן והתם מפ' אדרב' כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי משום דמלוה בשטר היא אבל במלוה על פה מחלקין כן דאם אין רגלי' לדבר שלוה לא יפרעו אבל כשיש עדים שלוה כיון שיש רגלים לדבר אין טוענים ליורשים שמא פרע ומדלא מוקמי' מתני' במלוה על פה משמע דאם לא טענו נוטלים יורשי המלוה בלא שבועה ואם טענו אין נוטלים אף בשבועה אבל הרמ"ה והטור סבירא להו דאפילו יש עדים על הלוא' ולא טענו הם אנן טענינן להו שמא פרע ופ' מרן כותיהו ובמלוה בשטר כתב הטור ס"ח בשם בעל העיטור שאין צריך לישבע שלא נפרע אלא אם כן טועני' יורשי הלו' אבינו א"ל שפרע לכם אבל אם לא טענו אין טוענים להם דאין טוענים ליורש במקום שיש חוב ליורש אחר ומסתברא כדברי הראב"ד שלעולם טוענים להחזיק הממון במקומו וכתב הפרישה דהוא הדין לענין שאין צריך לישב' שלא נפרעו הם עצמם מאביהם דאין לחשוד אותם מזידי' שנפרעו ותובעי' אבל כשיורשי המלוה מוציאין שטר חוב על יורשי הלוה לכ"ע אפילו לא טענו הם טועני' נגדם שמא פרע אביהם לאביהם עיין שם בארוך אבל הריטב"א בפרק הכותב כתב וז"ל ושמעינן מהכא דיתומי' מן היתומי' לא יפרעו אלא בשבועה אף ע"ג דלא אמרי הנך אישתבעו לן וכתב הרב בעל העיטור דדוקא דטעני איהך א"ל אבא פרעתי כדאמרינן בסמוך הא לאו הכי לא טענינן שאין טוענים ליורש זה לחוב של יורש זה וכו' הרי דמתניתין דיתומים מן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה דוקא דטענו יורשי הלוה א"ל אבא לויתי ופרעתי כדאוקי התם אבל אם לא טענו נוטלים יורשים בלא שבועה ולא טעני' להו שמא פרע לאביהם :

ז' דין ג אין נפרעים מיורשים קטנים וכו' ואם יש עליו חובות בשטרות ושעבד להם מטלטלין אג"ק ואחר שלוה מן האחרון לא קנה מטלטלין ולא נשתעבדו נכסים אלא לא' אלא שהא' הגיע זמנו ליפרע והאחרון לא הגיע זמנו ואין בנכסים כדאי לשניהם כתב הרדב"ז ח"ב סימן ע"ט דודאי הנכסים נשתעבדו אלא לא' ולא אמרו אין נפרעין מנכסי יתומים עד שיגדלו אלא לתועל' היתומים שמא יביאו ראיה אבל לא להפסיד את המלוה שקדם ולזכות האחרון שלא נשתעבדו לו הנכסים ואם כן הדין הוא דשיעור החוב של הא' מניחים אותו בבית דין והשאר נותנים אותו לב"ח האחרון וכשיגדלו היתומים אם מצאו ראיה שפרע אביהם נותנים אותו לאחרון לתשלום חובו ואם לא מצאו ראיה נותנים אותו לא' שקדם ע"ש ונראה דאם אין תועלת ליתומים כלל דאפילו ימצאו ראיה שפרע אין בנכסים אלא שיעור חוב האחרון נותנים לב"ח שקדם והשאר נותנים לאחרון ואין צריך שימתין עד שיגדלו היתומים ועיין בהרב כנה"ג בסימן ק"י :

ח' אין נפרעים מנכסי יורשים קטנים וכו' דוקא בנכסי יתומים ודאי אמרו אבל מפני חששא של יתומי' כגון ששמעו בו שמת נזקקין הר"ן בתשובות ומהרא"ח חלק ראשון סימן ע"ו עיין שם ומהר"ם אלשיך סי' קל"ז עיין שם :

ט' גובה מיתומים קטנים באחד משלשה דרכים וכו' אם יש עדים שחייב מודה או מת בנדויו או בתוך זמן ומשמע דגובה מהם בלא שבו' כמו ביתומי' גדולים וכן כתב בהדיא הרב חקות הדיינים סימן ק"י עיין שם ועיין בתוספות דגיטין דף ג' בד"ה יתומי' וכו' ומ"ש בסי' ק"י :

יו"ד גובה מיתומי' קטנים בא' מג' דרכים וכו' כתב מהרש"ך ח"ב סימן קי"ז על א' שקנה סחורה לחבירו למוכרה לו ולקחה לעצמו בערך שוה וכששמע ראובן נתקוטט עמו ובין הקטטה מת השליח וז"ל דאפי' שם יורשים קטנים היו מחוייבי' בפירעון דהלכה רווחת בישראל בא' מן הדרכי' שגובים החוב אפילו מן הקטן הוא איכא שהיתה ההלואה לזמן ועדין לא הגיע זמנה וזה דומה לו כיון שבהיותם מדיינים מת אבל אם עבר הזמן שהיה א"ל שפרעו טוענים ליורש ע"ש וה' משפט צדק ח"ב סי' ל' כ' דאינן חייבי' מאחר שאין עדים שלא זזה ידם מתוך ידם דאולי ראה ושאל ליודעי' ואמרו שאין לו דין ע"ש וכו' כדברי מהרש"ך דאינו נאמן לומר חזרתי ופרעתי כדאמרי' מי יימר דמחייבו לי רבנן וכה"ג כתב מהרימ"ט ח"א סי' ק"ה דסברא גדולה דהלואי שיפרע אחר שפסקו דינו שכמה פעמים מתוך שבני אדם מתעלמים בדין ומעכבים את המעות באים לידי פשרה ע"ש וכ"כ מהרא"ח ח"ב סי' ע"ש ואח"כ גובים אפי' מהיורשי' וכ"כ הרדב"ז ח"א סי' ל' והביאו הכנה"ג סי' ע"ח אות י"ב דחוב שאינו מבורר חזקה דלא פרע וגובה מהיורשים ע"ש :

י"א צריך שנתקבל העדות בחיי אביהם וכו' ואם קבלו בפני הקטן אין דנין ע"פ וכו' מהרש"ג בס' משפטים ישרים סי' כ"ד דאפי' למ"ד דאם קיבלו שלא בפני בע"ד בדיעבד מהני ה"ד אם הבע"ד הוא גדול אבל קטן לא דכל הראוי וכו' ע"ש אבל מהראד"ב בס' לחם רב סי' כ' וז"ל אח"ך באו אלי ואמרו כי באלו השכינים יש בהם אלמנה א' שיש לה יתום קטן וכולי ועתה א"ת שאחר שכבר נתקבל העדות זכנה הרי אין לסתור את דינו חדא דגדולי האחרונים כ' שאם קבלו עדות שלא בפני בע"ד עדותו עדות וכו' עכ"ל הרי דס"ל דלמ"ד דאם קבלו בדיעבד מהני אפילו קטן וכן דעת מהר"י באסן בתשו' סי' פ"א ע"ש וכבר כתבתי סי' כ"ח שכן נר' מדברי הרשב"ש ומהרימ"ט וגר' מדברי מהראד"ב ומהר"י באסן

דלמאי

דלמאי דקי"ל דבדיעבד אין דנין ע"פ אותו עדות אפי' בבר דנו סותרים דינו אבל מהר"ם מפדאוה סי' ע"ג כ' דאם כבר נפסק הדין ע"פ אותו עדות שנתקבל שלא בפני בע"ד לכ"ע אין סותרין הדין והיינו דכ' דלא הוי עדות לדון ע"פ ר"ל לדון לכתחילה אבל אם כבר דנין אין חוזר הדין בשביל זה ע"ש ומהרש"ג בתשו' שם גמגם בכ"ד כיון שעדין לא הוציאו הממון מיד המוחזק אע"פ שגזרו לתת לו חלק ירושתו והנתבע לא רצה לתת משום שטוען שנתקבל העדות שלא בפניו א"כ לא הוי כדנו כבר כיון שעדין לא נתקיים דינם שלא הוציאו ממון מיד הנתבע וחלק עליו ה' הפוסק ע"ש והכנה"ג בסי' כ"ח הגב"י אות כ"ח נסתפק בזה ע"ש ונר' שזה תלוי במחלוקת בסי' כ"ב בקבל קרוב ופסול דרוב הפוסקים ס"ל דלאחר שנפסק הדין אפי' לא הוציאו ממון אינו יכול לחזור וה"נ כיון שנפסק אפי' לא הוציאו ממון אין סותרי' אותו אבל למאי דבעי התם הוציאו ממון ה"נ דוקא אם נפסק הדין והוציאו ממון אין סותרין להוציא ממון מהמוחזק עיין שם בהש"ך סק"ו ועי' בתשו' הכנה"ג סי' י"ט :

י"ב צריך שנתקבל העדות בחיי אביהם וכו' כ' מהרש"ל בפ' הגוזל בתרא סימן ו' אם נתן כת"י מחיים ואח"ך הודה סמוך למיתה בפני עדים שהוא חייב אין זה חשוב קבלת עדות בפני היתומי' משום דהחוב מכח הכת"י הוא אלא שאנו חוששין לפירעון וכשהב"ד רואין ההודאה שלא פרע ממילא הם חייבים וכ"ש בשטר שנתקיים בב"ד והודה סמוך למיתתו דמקבלין העדות וזוקקין להם וכ"כ מהרש"ך ח"ד סי' פ"א דאם השטר נתקיים והודה סמוך למיתה מקבלין ממנו העדות ע"ש וכבר ה' בהג"ה חלק על מהר"י קריאון בזה ע"ש ולא זכר דברי מהרש"ל ומהרש"ך ע"ש אבל מצאתי להרשב"א בחי' לקמא והובא בס' א"ז ד' ע"ל שכ' וז"ל ואע"ג דאמרי' בערכין דכשחייב מודה או שמתוה ומת בשמתיה נזקקים וכ"ל דכשחייב מודה בפני ב"ד או בפני עדים ואמר כתבו וחתמו דמעשה שכתבו הוי כמי שנחקרה עדות ואי משום קיום עדותם הא אמרינן בפ' הגוזל קמא דמקיימי' את השטר שלא בפני ב"ד והא דקי"ל כמי במת בתו"ז נזקקי' וכו' ההיא כמי במלוה בשטר היא עכ"ל נר' בהדיא דאפי' במלוה בשטר אין מקבלין עדות על הודאתו את"כ הודה בפני ב"ד או בפני עדים וא"ל כתבו וחתמו דמעשת כת"י נעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד וכן מצאתי לו בתשו' ח"ב סי' שס"ד שכ' וז"ל מי שהניח בנים גדולים וקטנים ויצא עליהם שט"ח שהיה אביהם חייב וכו' נזקקין לנכסים גדולים וכולי אבל לנכסי קטנים אין נזקקין ואפי' יודו הגדולים לב"ח שהם יודעים שלא נפרע החוב וכו' שאפי' באו עדים ואמרו בפנינו הודה לו בשעת פטירתו אין מקבלין מהם שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וכולי עכ"ל הרי דס"ל דאין מקבלין העדות שהודה על חוב שבשטר הפך מהרש"ל ומהרש"ך והכנה"ג ועי' בס' משפטי שמואל בסי' קכ"ה :

י"ג ואם הם גדולים והוציא עליהם שטר מקויים וכולי כ' הרשב"ן ח"ג סי' קפ"ד דאם השטר בעש"ג נר' דאם עבר הזמן בחיי הלוה הפסיד המלוה לפי שכך הוא דיניהם וא"כ לא היה הלוה חושש שאם פרעו שיכתוב לו שובר שהיה סומך שאם יתבעו המלוה בדיניהם הוא נאמן לומר פרעתי וכו' ע"ש וזה דעת הראב"ד בהשגו' פ' כ"ז מה' מלוה דשטר בעש"ג ותותמי גויהם אינו גובה ממשעבדי דלית להו קלא א"כ אפשר שנפרע ולא תבעו אבל הרמב"ם ס"ל דגובה מב"ח ואינו יכול לומר פרעתי

וכ' המ"מ דשטר גמור לא לכת"י ע"ש וכן פסק הרשב"ש סי' קס"א :

י"ד צריך לישבע כעין של תורה וכו' כדין המלוה שבא לגבות מהלוה וטוען השבע לי שלא פרעתיך דצריך לישבע בנק"ח וכיון שבא לגבות מהיורשים אע"ג דלא טעין אנן טענו' להו הסמ"ע וכ"כ רש"י בכתובו' ד' פ"ז ובגיטין ד' נ' טעם זה ע"ש וה' פני יהושע בחי' בפ' הכותב הק' על רש"י דהא בטענת השבע לי אם מת המלו' ולא נשבע גובים יורשיו בלא שבועה ואלו דנפרע מנכסי יתומי' ומת קודם שנשבע קי"ל אין אדם מוריש שבועה לבניו אלמא לאו מה"ט הוא ע"ש וזו מחלוקת האחרוני' דמהרח"ש סב"ל דאפילו לא טען הלוה בחייו למלוה השבע לי אנן טענו' ליורשי' שהיה אביהם טוען כך ומצריכו שבוע' ואין אדם מש"ל אבל רוב האחרונים ס"ל דאפילו טען הלוה למלוה השבע לי ולא הספיק לישבע עד שמת לא אמרי' אין אדם מש"ל ומ"ש עוד וז"ל ועוד דכתובה לא ניתנה לגבות מחיים וקי"ל חזקה אין אדם פורע בתו"ז ואם כן אין יכול לטעון השבע לי אלא ע"כ דשבועת היתומי' לאו משו' טענו' אביה' אלא משו' חשש צררי ושוב' וביתומי' ולקוחו' חיישי' טפי לפירעון ולשובר ונר' דגם רש"י ס"ל דטעמא משום חשש צררי ושובר אלא דס"ד דבשטר לא שייך ה"ט דא"כ שטרך בידי מ"ב לכך הביא ראיה דאם הלוה חי וטען השבע לי צריך לישבע אלמא לא אלימא הך סברא דשטרך בידי מ"ב ומ"ה החמירו ביתמים ולקוחות וטענו' להו חששא דצררי ושובר ע"ש וליתא דל' בפ' הכותב ובפ' הניזקין והסמ"ע מוכחי בהדיא דטענו' ליורשים וללקוחות מה שהיה טוען אביהם השבע לי ואם משום חשש שוב' או צררי אפילו בשבועה אינו גובה ועיי' בתשו' הכנה"ג סי' כ"ח שדחה דברי מהר"י איסקפ' דסבר הכי :

ט"ו דין ד' החלי יש לו דין מלוה ונשבע ונוטל וכו' כתב מהרימ"ט ח"א סימן ס' דאם טען החזרתי הכל אינו נאמן אפי' על מחלה דפקדון שהיה יכול לטעון נאנסו דאין זה מגו דאינו רוצה להפסיד כלום והביאו הכנה"ג אות ל"ה ע"ש ונר' משום שתיפש דלא אמרינן מגו לחלי טענה וכבר כתבתי בס' פ"ב בדיני מגו שזה דעת התוס' בכתובות ד' ט' בד"ה לא וכו' ובמציעא ד' ק"י בד"ה א"ל וכו' ובבתרא ד' ל"ג בד"ה ואי וכו' והרמב"ן בחי' שם בפ' י"ן והר"ן בפ' האומר דקידושין וגם התוס' בפ' י"ן ע"ש אבל מדברי הרמב"ם בפי"ו מה' אישות ומרן בא"ה סי' ק' סי"א מוכח דס"ל דאמרי' מגו לחלי טענה עש"ב וא"כ עכ"פ אין מוציאין מיד המיחזק ואפי' טען החזרתי הכל נאמן על חצי הפקדון במגו דנאנסו :

ט"ז והחצי אינו נוטל וכו' כ' הכנה"ג אות ל"ד דאם היתומים מודים בפקדון לא טעני' להו מידי כמ"ש בסי' ק"א ע"ש והרואה בדברי ה' בסי' ק"א מבואר שהסכי' דאפי' מודים היתומים בפקדון טעני' להו ולא אמרי' דאין ס' מוציא מידי ודאי שמה שאנו טועני' ליתומים טענת בריא חשבי' לה ת"ע דהא תנן הנפרעת מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה משום דטעני' שמא פרע ואי טענת ספק חשבי' לה הא אין נשבעין על טענת ספק עש"ב ואין זה ראיה שהרי כ' הרא"ש בריש בתרא וז"ל ולהכי נמי אמרי' טענת משום צררי ולא משום פירעון דחשש פירעון אינו מספיק אלא ענין שבועה ולא לדחות הפירעון עד שיגדלו משום וכו' ע"ש אלמא טענת פירעון מהניא לענין שבועה ולא לדחות הפירעון דלא חשבי' לה ודאי לדחות הפירעון וה"נ אע"ג דטעני' שמא פרע לחייבו שבועה לא טעני' להפסידו ועיין בתשו' ה' ח"א סי' כ"ח ד' מ"ע

ע"ב שחי' כן ולמדו מדברי בעה"ת ש' י"ד אלא שכתב דה"ט דאין נפרעין מנכסי הלוה שלא בפניו אפי' בשבוע' לדעת ר"ח דחשיבה טענת ודאי או משום דליכא הפסד לגמרי אלא עד שיביא ראיה ע"ש וא"כ דהא ביתומים קטנים מהניא טענת פירעון לענין שבועה ולא לדחות הפירעון עד שיגדלו אלמא אע"ג דאיכא הפסד לגמרי אלא לזמן לא טעני' וה"נ דכותה וה' עדות ביעקב סי' ס"ז ד' קצ"ה ע"ד הביא ראיה מדתנן בפ' חזק' הבא מחמ' ירושה א"ן טענה דאנן טוענ' לו שאביו לקחה וא"א דטענת ספק חשבי' לה איך מוציאין הקרקע מחזק' מרא קמא ומוקמי' לה ביד היורש הא כל חזקה שאין עמה טענה ל"ש חזקה אלא דטענת ברי' חשבי' לה ע"ש ולית' דבפ' חזקת ילפי' לה משור מועד דשחזק' ג' שני' נפקא מרשו' מוכ' וק"ל ברשו' לוקח ופרכי' אלא מעת' חזק' שאין עמ' טענה ההוי חזקה ומשני טענות מאי דאמרי' דילמא כדקאמ' השתא וכו' ע"ש אלמא אדרבה היא בחזקת מי שבידו לא שצריך טענה ולכך טוענ' ליורשי' דהא לא טעני' ליורש אלא להחזיק ולאו להוציא כמו שנוכיח לקמן דין ט' ע"ש א"כ ע"כ התם לא חשיב להוציא כיון שהיורש מוחזק בה וכ"כ ה' גו"ר בא"ה כלל ד' סי' ט"ו דעיקר הך מילת' דטוענ' ליורש תנן לה בח"ה הבא מחמת ירושה א"ן טענ' והתם מיירי לזכות בקרקע שכבר הוחזק לו והיא תחת ידו ולא להוציא מאחרים בטענה זו ע"ש וכן מוכ' בבתרא ד' ל"ב ע"ב דחשיב מוחזק ולא מוציא ורוב הפוסקי' ס"ל דאפי' לא החזיק ג' שנים כדלקמן סס"י קמ"ו ע"ש בהש"ך ועוד נעלם מהם מ"ש התוס' בבתרא דף ל"ג בד"ה מגו וכו' וז"ל תימא מה דעתיה דרשב"ם דאפי' אי טעין לקוחה היא בידי שבוע' היסת לעולם צריך וכו' ויש לומ' דאין נשבעין שבוע' היסת אלא היכא דטעין ברי' אבל הכא לא טענת ברי' היא שאין ודאי ליתומים וכו' ע"ש ובעה"ת ש' י"ד ס' ו' הביא תי' זה וכו' ואיכא מ"ד כיון דנפק עלה קלא דארעא דיתמי הוי טענת היתומי' כטענ' ברי' וכו' ע"ש אלמא טענת היתומים בעלמא טענת שמא מקרי ואין משביעין עליה וגו' דס"ל דדוקא שבוע' היסת אין נשבעין על הספק דלא נתקנה אלא על טענ' ודאי אבל שבועת המשנה אפי' על הספק ולכך הבא ליפרע מנכסי יתומי' צריך לישב' וגם הרא"ש שם שכ' דכל דמלי אבוהון למיטען ולהשביע טעני' ליתמי ומשביעין אפי' בשמ' אפשר דלא חשיב לה טענת ודאי אלא לחיוב שבוע' כמ"ש מיהו בעל העיטור בדיני המחאה ד' פ"ד כ' וז"ל וק"ל א"ה מלוה ע"פ היא דיתמי לא ידעי אי פרע פרוע וכו' אלמא אין ספק מוציא מידי ודאי אלא ספיקא דיורש כודאי דמי וכי היכי דאבוהון מהימן משום מגו יורש נמי מהימן כדאמרי' בכתובו' ההוא דעבדה סי' וכו' ע"ש הרי שכ' דספיקא דיורש כודאי דמי וכ"כ הרא"ן ד' ל"ו ע"ב וז"ל וא"א שאפי' בטענת ספק יכולים לדחותה דטענת ספק דיורשים כטענת ודאי דאבוהון דמי וכו' ע"ש וכ"כ הריב"ש סי' ק"י הובא בב"י סי' רנ"ג ע"ש גם הרא"ש בפרק האשה שנתארמלה כ' וז"ל ומתני' אתיא כר"ג משום דהוין ברי' וברי' ואלמנה נמי חשבי' טענת היורשי' ברי' כיון דטעני ליתמי כל מאי דמלי אבוהון למטען ע"ש וכ"כ בש' א"ז בשם שיטה ישנה וז"ל בירושלמי בעי ניחא נתגרשה נתאלמנה מי יעורר היורשי' והלך אחר הרוב ורוב הנשי' בתולות נישאות זאת אומרת אין הולכין בממון אחר הרוב וה"פ ניחא נתגרשה שהוא יכול לטעון אלמנה נשאתיך בברי אבל נתאלמנה מי יאמר בברי' דאלמנה נישאת ומשני היורשים וכו' כלומר אנן נטעון בשבילם וכו' והא דמוקמי' מתני' אפי' כר"ג ומודה ר"ג בברי' וברי' וכו' כיון דטוענ' ליתומים כל מאי דמלי אבוהון למיטען כברי' חשבי' לה וכ"כ הריטב"א ע"ש הרי ספק דיורש כודאי דמי אם כן אפי' היתומים מודים בפקדון טעני' להו ולא אמרינן אין ס' מוציא מידי ודאי וז"ל הרמב"ן בחי' לבתרא דף ל' וכדומה לזה המפקיד אצל חבירו בעדים ומת ותבע המפקי' את היורשים והודו שהוא בידם מן אביהם דליכא עדים ולא ראה הוא מי לא טעני' להו אנן מאי דמלי אבוהון למיטען החזרתי ולקחתי ממך דהוא נאמן במגו דהחזרתי ואעפ"י שהם מודים בפקדון וכו' ע"ש אלמא אפי' היתומי' מודים בפקדון טוענ' להם ולא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי ועיין במהרימ"ט חלק א' סימן ט"ל שהוכיח דאם הפקיד בעדים והם מודים בפקדון (א"ה עכ"מ):

וראיתי להרב קרית מלך סימן י"ט שהקשה דהכתי בנדון הרא"ש אמאי לא טעני' לאלמנה כמו שטוענים ליתומים וכל שכן דאלמנה תפסה מנכי היתומים שהם חייבים בכתובה ומהר"י נבון סימן ך' כ' דליתומים הוא דטוענים ולא להאלמנה אבל כשהיא תופסת מנה היתומים טענין לה ונדחק בתשו' הרא"ש עיי"ש ובאמת שכן הרב משפט לדק חלק ב' סימן ט' דף קכ"א ע"ד דסבירא ליה דטוענים ליורשים ולא להאלמנה עיי"ש וכן דעת הרב פני משה ח"א סימן ל"ג דהכא נמי טוענים להאלמנה להחזיק מה שבידה אפילו נגד היורשים והיינו כמ"ד דטוענים ליורש להחזיק מה שבידם אפילו לחובת יורשים אחרים כמו שפסק הרב בח"ב סימן ל"ז עיי"ש והכא נמי טוענים לאלמנה אפילו לחובת היורשים וכן כ' הרשב"א סימן תתקל"ו בבן שהוא ושא ונותן בתוך הבית והיו שטרות יוצאות על שמו ומת האב והבן דהדין עם האלמנה אף על פי שאלו היה קיים עליו להביא ראיה כמו בא' מן האחין שמת עי"ש וכן כתב הרשב"ש בסי' תמ"ב בפקדון דטוענים לאלמנה ועיין בהש"ך בסימן ל"ט ס"ק י"ג שכתב הב"ח דין יורש ולוקח יש לו דטעני' ליה וצריך לישבע אף בשמא עיין שם:

י"ז אן שמת בתוך הזמן וכו' כתב הרב פנים מאירו' ח"ב סימן י"ז על נאמן הקהל שמת ויש ביד הקהל כתב יד הנאמן שיש תחת ידו מעות הקהל כך כך וכך דדינו כשטר כיס דאם אין היתומים יכולים לטעון שהחזיר כגון שהודה אביהם שלא החזיר או שמת בתו"הז חייבים ולא טענינן להו נאנסו ואם כן בכ"ד שמנהג העיר שהנאמן מתמנה על פה הקהל משך שנה תמימה וכל השנה מעות הקהל בידו ובסוף השנה הוא נותן חשבון והוי כמת בתוך זמן הפקדון עיין שם ונראה שזה תלוי דבסי' ע"ח קי"ל דבפקדון נאמן לומר שהחזיר אפילו בתוך זמן וא"כ הכא דהפקדון הם בידו אפילו בתוך זמן נאמן לומר שהחזיר אבל אם הוא משתמש במטות ונהנה מהם אינו נאמן לו' שהחזיר בתוך הזמן עיין שם בהש"ך והרב הנזכר כתב טעם אחר כיון דמעות הקהל בידו ומשמש בהם כרצונו נעשה עליהם כש"ש כמבואר בסימן רל"ב גבי שלחני וכיון דחייב בגניבה ואבידה ואינו יכול ליפטר אלא בטענ' נאנסו הא קיימא לן דאם הוא במרום שעדים מצויים אינו נאמן לומר נאנסו וכיון שאף בעיר היה לו קול א"כ אין טוענ' ליתומים מה שלא היה אביהם יכול לטעון עיין שם וכבר המש"ל בפרק כ"א מהלכות מלוה בתשובות וז"ל והטעם הב' שכתב כת"ר דלא מהני מגו דנאנסו דאם היה במקום דמצויים צריך להביא ראיה וכו' אני תמיה שדין זה דבמקו' רואים אינו נאמן הוא באומר במקום פלוני נאנסו ואותו מקום יש רואים מ"ה אינו נאמן עד שיביא ראיה אבל כשאנו

כשאנו מאמינים אותו בטענה אחרת במגו דנאנסו אנו או' מגו דאי בעי אמר נאנסו במקום דליכא רואים וגדולה מזו כתב מהרימ"א סימן פ"ט דאפילו אם מקום האונס יש רואים נאמן לומר נאנסו מגו דאי בעי אמר בתוך מבואות האפילות נאנסו וכו' ע"ש והכא נמי טועני' ליורשי' שנאנסו במקום דליכא רואים או שהחזיר במגו דנאנסו במקום דליכא רואים ואם כן (א"ה עכ"מ) :

י"ח אין טוענים להם שנאנסו וכו' כן הוכיחו התו' והרא"ש בב"מ ומהר"ם בתשובות הארוכות סי' ועיין בספר א"ז לכתובות דף כ"ה שכן דעת תר"י בשם רבם וכן תפסו הריב"ש סימן קל"ה והרשב"ץ ח"א סימן כ"ב והרדב"ז ח"א סימן ל' וסימן קמ"ג וסי' קמ"ה ומהריב"ל ח"א סימן ל"ג והמבי"ט ח"א סימן קי"ט וסי' ק"מ ומהרש"ך ח"א סימן רל"ו עיין שם ועיין בב"י שכת' הר"ן שהרי"ף והרמב"ן חולקים וכתב ה' תורת חיים בפ' המוכר את הבית ונראה דסביר' לי' דאף על גב דלמאי דס"ד דפליגי בדר"ח ל"ל דלא טענינן להו נאנסו מ"מ לפי המסקנא א"ל דטעני' להו נאנסו ופליגי בטענ' נאנסו כמו בטענת החזרתי דדייני גולה סבירא להו א"א דנאנסו מימר הוה אמר ודייני א"י סבירא להו אימיר דמלאך המות הוא דאנסיה עיין שם אבל בספר א"ז לבתרא שם כתב הראב"ד דהכא מיירי ביתומים גדולים שבאו בטענת עצמם החזירו אבינו לך דהשתא הם מודים דלא נאנסו מר סבר אמרינן מגו ומר סבר לא אמרינן מגו דא"ל שערך בידי מאי בעי ודאי' לכ"ע אמרינן מגו ואם טען הוא החזרתי נאמן במגו והכא פליגי מ"ד גובה כולו ס"ל א"א דפרעיה הוה אמר בעדים וא"כ בחובה דידהו מהימני' להו שלא נאנסו ובחזרה לא מהימני מדלא אמר בעדים וכן תי' הר"ן עיין שם וכן כתב הרדב"ז ח"ג סי' קל"ט עיין שם ומשמע מדברי הראב"ד למסקנא נמי אם טענו נאנסו נאמנים ולא אמרינן א"א דנאנסו הוה אמר בעדי' ונראה דסב"ל דדוקא בפירעון כיון דיכול המפקיד לטעון בריא שלא החזיר ומסייע ליה האי טעמא דשערך בידי מאי בעי אמרינן א"א דפרע הוה אמר בעדים כן מה שאין כן בנאנסו דלא שייך האי טעמא אבל הרז"ה שם כתב בשם אחרים דטענת נאנסו לא טענינן להו מהאי טעמא דא"א דנאנסו הוה אמר משום דהא טענה שאין המלוה יודעה ואין הלוה יכול לסמוך על ידיעתו של המלו' אבל טענת החזרתי הלוה סומך על ידיעתו של המלוה ומתרשל באמירתו עד שעת מיתה ובשעת מיתה א"ל מ"ה דאנסיה וכולי עיין שם הרי דסבירא ליה דלכולי עלמא אין נאמנים לומר נאנסו וא"א הוה אמר ודוקא בטענת חזרה סברי דייני א"י דאמרינן מ"ה אנסיה :

ומ"מ דעת הרי"ף והראב"ד והרמב"ן והר"ן דטוענים ליורשים וללקוחות נאנסו וכל טענה דלא שכיח' וכן כתב הרא"ה והנ"י בפרק הגוזל בתרא עיין שם וכן פסק הרדב"ז ח"ג סימן קל"ט ושכן דעת הרמב"ם בפ' ז' מהלכות שלוחין שכתב אף על פי שלעולם טועני' ליורש עיין שם ועיין בתשובות הכנה"ג ח"א סימן כ"ח שכתב בשם מהרשד"ם והרב משפט צדק שכן ראוי לפסוק וכ' וז"ל ומיהו מהרימ"ט סימן ע"ב כתב דהרי"ף והרמב"ן לא פליגי אלא במלתא דלא שכיחא לא טענינן ליורשים אלא דס"ל דנאנסו שכיחא עיין שם וליתא דהרמב"ן בס' תמים דעים סימן רכ"ו ובמלחמות פרק הגוזל בתרא והנ"י בשם הרא"ה שם דחו הראיות והוכיחו דאפילו מלתא דלא שכיחא טועני' ליורשיו כל מה שהיה אביהם יכול לטעון ע"ש ומהרשד"ם בתשו' הביא דברי הנ"י עיין שם וכבר זכר הרב משפט צדק שם דברי הנ"י בשם הרמב"ן והרא"ה ע"ש ומהרימ"ט עצמו שם סימן קי"ב חזר בו והביא דברי הרמב"ן וכ"כ בחח"מ סימן ק"ך עיין שם וז"ל בעל העיטור דף פ"א ע"ב ורבי יעקב אומר דנאנסו לא שכיח וקלא א"ל ולא טעני' להו ליתמי מידי דמיחזי כשיקרא ולא נהירא לן דאין לך מיחזי כשקרא מהא דכתב תלם א' עשיתי לך עכ"ל וכן כתב הרב עדות ביעקב סימן כ"ו דהיינו דוק' היכא שהמפקיד בא להוציא ממון שהוא ידוע שאינו שלו כגון מטלטלין וקרקעות שירשו היתומים אבל אם בא להוציא ממון שהוא ספק אם הוא חלק הפקדון לכ"ע לא טעני' להו נאנסו והסכים עמו הרב שמחת יום טוב סימן ל' ד' קט"ו עיין שם וא"נ כן מדברי הרמב"ן בספר תמ"ד בסי' רכ"ו והנ"י בפרק הגוזל בתרא שכתב לתרץ לדעתם מעש' דר' מיאשא בפרק הכותב והתם בא להוציא הפקדון עצמו והוכיחו עוד דטעני' להו מלתא דלא שכיחא מדמק' בסוף פרק המקבל והא רבא אפיק זוגא דסרבל' וספר' דאגדת' מיתמי בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר ולא מתרצינן שאני התם דאין טוענים ליתומים שהוא רחוק ע"ש אלמ' אפילו בא להוציא הפקדון שאינן ודאי של אביהם טענינן להו מלתא דלא שכיחא והרב שמחת יום טוב סימן י"ט הכריע חילוק זה מדברי הרשב"א דבתשו' שהביא מהרשד"ם סביר"ל דטוענים נאנסו ובספר א"ז לבתרא כתב בשם הרשב"א שהסכים דטענת נאנסו כיון דלא שכיחא לא טעני' להו וכן כתב הר"ן בשמו אלא דבתשו' מיירי דודאי אין הפקדון בעולם דהמפקיד בא להוציא ממון שהוא בחזקה לכך טענינן נאנסו אבל בחי' מיירי בבא להוציא נכסים שיש בהם ספק אם יש חלק הפקדון דלא בא להוציאו ודאי ממון היתומים אין טוענים עיין שם וליתא שהרי הרשב"א בחי' לגיטין דף ט' כתב בשם ר' דאין טוענים ללקוחו' וליתומים טענת מזוייף משום דלא שכיחא כמו שאין טועני' להם נאנסו מהאי טעמא והסכים הוא דטוענים להם מזוייף מהאי טעמא דלא שכיחא בשטר כיס עיין שם באורך אלמא אפילו בא להוציא ממון היורשים שהוא בחזק' לא טעני' טענה שאינה שכיחא ועוד דמהרשד"ם בתשו' שם הוכיח עוד דהכי סבירא ליה להרשב"א ממ"ש הר"ן בשמו בפרק בתרא דכתובות גבי ההיא דעשאו סי' לאחר עיין שם אלמא אפילו בא להוציא ממון שהוא ספק ואינו ודאי של היורשים טענינן להו :

וראיתי לה' פ"מ ח"א סי' ל"ג דלא טעני' ליורשי' טענה דלא שכיחא דרובא דרבוות' הכי ס"ל וכן פסק מהריב"ל ע"ש ואיברא דהרוב ס"ל דטעני' להו כל מה שאביהם יכול לטעון והם הרי"ף והרמב"ם והראב"ד והרמב"ן והרא"ה והר"ן והנ"י וכן הסכים הרדב"ז ומהרשד"ם וה' משפט צדק ועי' בהש"ך סי' ס"ב ס"ק ע"ו שכתב דטענה דלא שכיחא כלל לכ"ע לא טעני' וכ"כ ה' משפט צדק ח"ב סימן ע"ג דכ"ע מודים בטענה רחוקה עיין שם וא"נ כן מדברי הרמב"ן והנ"י שם אלא כל שטענה שאביהם נאמן בה טועני' להם וכ"כ מהרח"ש ח"א סי' ל"ב ע"ש וכ"כ מהר"א ששון סימן ק"ל דאפילו טענה שהיא רחוקה מן הדעת טעני' להו וכ' ה' שמחת יו"ט סימן ל' דנר' מדבריו דה"ד שהיתומים עצמם טועני' כן אבל אנן לא טעני' להו וכן הבין ה' מח"א בה' גביית חוב סימן ה' ע"ש וא"נ כן מדברי מהרח"ש שכתב וז"ל הן אמת שמתוך דברי בעה"ת וז"ל אבל טעני יתמי דלא כתב ידיה דאבא הוא וכולי דמשמע דוקא שהם טוענים כך אבל אנן לא טעני' להו מ"מ המעיין שם יראה דמה שטועני' היתומים דלאו כת"י דאבא הוא לא דקטעין ברית אלא

אלא דשמא הוא שטועני' כך שהרי כתב בשו"ד ומשתב' היכא דלא ידעי וכולי הרי לך בהדיא דאפי' בשמא מהניא טענתו והו שהרי האח הגדול הוא מאליו ומעלמו טען וכו' באופן דאין ס' דמטעם דלא טעני' להו מילת' דל"ש להו מלתא היא עכ"ל משמע דלפי טעם א' אפי' לא טען הוא אנן טעני' ליה דכיון דטענת ספק מהניא אין חי' בין טענת היתומים לטענת ב"ד וכ"כ הכנה"ג בסי' ל"ב הגב"י אות י"א דלא מלינו חי' בין טועני' כך בשם אביהם לטועני' ב"ד אלא הכל שוה אם הם יכולים לטעון כך אנן טעני' להו ואי אנן לא טעני' להו הם נמי אין יכולים לטעון ודאיה שהרי משטר כיס לא מחלק' בין טועני' הם בין טועני' ב"ד ע"ש ועי' בתשו' הרדב"ז ח"ג שם שכ"כ וכן מוכח בהדיא מדברי הרא"ש בפרק הכותב במעשה דר' מיאשא שכתב וז"ל ודוקא היכא שהיתומים טוענים שמא אבל אי טועני' והאי אבא אמר לנו שהיו שלו משתבעי וכולי ע"ש ברש"י וכ"כ מהרימ"ט ח"א סי' כ"ו וז"ל דאפי' היכא דמהימני' לימר א"ל אבא חזרתי ופרעתי אם אין טועני' בבריא בכך וכולי הם אינם יכולים לטעון מספק בטענה אע"פ שהוא ש"מ דמילתא דלא שכיחא הוא שיטעו ע"ש אלמא אין חי' אלא בין טענת היורשים בשם אביהם לטענת עלמם אבל אין חי' טענת היורשים לטענת ב"ד כיון דטענת ספק היא ועי' בתשו' מהר"ם אלשקר סי' זרע אברהם סימן ד' דף ע"ב שהוכיח כן מפירש"י דפרק הכותב וכן מוכח עוד מדברי הרא"ש בפ' הגוזל בתרא וז"ל ולכך אי טענו טענת בריא שידוע להם שאביהם שלם את הגזילה מהימני אבל בטענת שמא לא וכו' ע"ש:

ובירושלמי ר"פ האשה שנתארמלה גבי אם יש עדים שילאה בהינומא וראשה פרוע כהו' מאתים אמרי' ותשב לומר שמא מוכת עץ אלא כר"מ דר"מ אומר מוכת עץ כהו' מאתים אר"י לא חשו על דבר שאינו מלוי וכ' ה' קרבן העדה מהשא שמעי' דטענה דלא שכיחא לא טעני' ליתמי דאם הבעל קיים וטען מוכת עץ ודאי נאמן כמו שאומ' אלמנה נשאתיך כיון שטוען בריא וא"ה לא טעני' ליתמי וכן מוכח בגמר' ד' י"ג גבי היא אומרת מוכת עץ וכולי דאמרי' בשלמא ר"א לא קאמר כר"י דמוקי לה כרבנן וא"א הא מתני' דאם יש עדים שילאת בהינומא וכולי ע"כ כר"מ דאל"כ ניחוש למוכת עץ ולמה יתנו לה היורשים מאתים וא"כ הו"ל לאוקמי מתני' דטענת מאתים ולא כלום אלא ודאי דמילתא דלא שכיחא לא טעני' ליורשי' וכולה מתני' כרבנן אתיא וזו דאיה שאין עליה תשובה ע"ש ועי' בספר א"ז לכתובות שכ' בשם הרמב"ן דקו' הירושלמי דאם נתגרשה נהימני לבעל אם טען כן ואם נתארמלה נטעון הכי בשביל היתומים ור"י מוקי אפי' כרבנן ולא חשו על דבר שאינו מלוי והכי קי"ל ע"ש וגר' דהרמב"ן אזיל לטעמיה דס"ל דכל מה שאביהם יכול לטעון טועני' ליורשים אפילו טענה דלא שכיחא ואפילו אביהם אם טען כן אינו נאמן ומלאתי למהר"ם בתשו' הקלרית סימן קל"א שכ' וז"ל ובשאלתם אי טעני' ליתמי דאלמנה ניסאת וכו' פשיטא דטעני' וכו' אבל אם יש קול שנשאת בתולה גובה כתובת בתולה דהלך אחר רוב נשים וכו' ואע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב ה"מ עד חזקה אבל הכא כיון שהממון תחת ידה הולכין אחר הרוב כיון דיש לה קול ואע"ג דפירש"י לעיל ואע"ג דנכסי' בחזק' יתמי מ"מ כדי כתובתה שהם בחזק' לא מפקי' מיניה דאזלי' בתר רובא וחזקה עכ"ל וא"כ ה"נ דמוכת עץ לא שכיחא לא מפקי' דאזלי' בתר רובא וחזקה אבל כבר כתבתי בסי' נ"ח דקיימא לן דלא טעני' ליורשי' טענה דלא שכיחא שכן פסק מרן בסי' ס"ה ומור"ס בסי' ע"ח וכן דעת רוב האחרונים וכ"כ הר' חוות יאיר והר' בתי כהונה ח"ב סימן ל"ז דהכי נקיטי' ע"ש:

י"ט אין טועני' להם שנאנסו וכו' כ' הרדב"ז חלק שליבי סימן קל"ט דאם טענו ידענו שנאנסו ודאי אינו גובה אלא מחלה אם טענו שמא החזיר נאמני' או שתקו טעני' להו החזיר אבל אם טענו שמא נאנסו נשבע וגובה כולו עיין שם ולא דק דאפי' טענו שמא נאנסו ב"ד טועני' להם שמא החזיר ודוקא טענו בריא שא"ל אביהם הוא שאין ב"ד טועני' להם טענה אחרת וכה"ג כ' הרשב"א בתשו' ח"ד סימן ע"ו ע"ש אבל יש להסתפק אם טענו שאביהם א"ל נאנסו אם מקרי טענת בריא דשי' ע"ה (א"ה עכ"מ):

ד' דין ה' ואם אומר השבעו לי וכו' אם אמר הלוה למלוה השבע לי ולא הספיק לישב' עד שמת והא"ך נות הלוה נכ' דיורשי המלוה גובים מיורשי הלוה בשטר שבידם ולא אמרי' אין אמס"ל כמו בפוגם שטרו ומת דאע"פ שאינו גובה אלא בשבוע' בניו נשבעי' שלא פקדנו וכולי וגובי' אפילו מיורשיו ה' קרית מלך רב ח"א ד' ל' ע"ג ע"ש וכבר הכנה"ג בסי' פ"ב רות כ"ד הוכיח כן בשם מהרש"ך והרב דחה דאה"נ אם נתחייב המלוה שבו' ומת אין מורישה לבניו ופוגם שטרו שאני דלא נתחייב שבועה בטענת הלוה אלא ע"י טענת עלמו וכן חי' ה' בסימן זה הגה"ט אות ל"ב לדעת הרא"ש וכן דעת מהר"ש מטראני ומהרש"ך דאפי' בשבועה שבאה ע"י טענת הלוה ומת המלוה אין אדם מס"ל ומהר"א ששון ס"ל דאפילו לא טען הלוה רק טעני' ליורשי' שהיה אביו טוען כך והיה המלוה חייב שבוע' ואין אדם מס"ל עיין שם אבל הרב השכים שם דאפילו טען הלוה לא אמרי' בזה אין אדם מס"ל ותמהני שהרי כ' הטור סימן ס"ו סי"ד וז"ל לוקח שקנה מהלוה שט"ח שיש לו על הלוה ומת הלוה אם אחר שלקחו מת נשב' הלוקח וכולי אם הוא חי עדין גם הוא לריך לישב' קודם שיגבה הלוקח וכ"פ מרן שם אלמא אע"ג דהוא לריך לישב' כשמת גובה הליקח בשבו' ולא אמרי' אין אמס"ל וכ"כ הסמ"ע שם ס"ק מ' והש"ך כתב דאין לשון הסמ"ע מדוקדק דאפילו היה הלוה לווה שפרעו קודם שמכרו דינא הכי וכו' עיין שם ואפ' דס"ל להסמ"ע דאם נתחייב המלוה שבועה בחייו קודם שמכר אמרי' אין אמס"ל ופוגם שטרו שאני שלא נתחייב שבו' בטענת הלוה אלא ע"י טענת עלמו כמו שחי' הכנה"ג וכן מלאתי בתשו' הגאונים סימן ע' שכתב במלוה שהיה לו שטר ואין ביניהם חשבון ונכנסו שניהם בב"ד ונתחייב המלוה שבו' ומת בלא שבו' אין יורשיו גובי' כלל ע"ש וזה כדברי מהרא"ש:

והע"ש בסימן פ"ד וכו' זה כתב דלא אמרו הפוגם שטרו וכו' ומת אדם מס"ל אלא דוק' במה בתו"ז הפירעון דאין מוטל שבו' עליו כ"א כשטען עליו הנתב' שישב' לו כמו שפסק מרן בסימן פ"ד דלא היה חייב שבו' עכ"פ אמרי' אדם מוריש שבו' לבניו ונשבעי' ונוטלין והסמ"ע ס"ק כ"ט דחה דאי בתו"ז איירי למה אמרו בגמ' כגון שפוגם שטרו ובתו"ז הא אפי' בלאת"ז נמי משכחת לה כגון המוליא שט"ח על חבירו ועבר זמנו וטען הנתב' השב' לי דלא פרעתיך ומת דיורשיו נשבעי' שלא פקדנו ונוטל וכולי עכ"ל הרי דס"ל דאפילו טען הלוה ולא הספיק לישב' עד שמת לא אמרי' אין אמס"ל וכ"כ מדברי בעה"ת סי"ד ח"ג שכ' על שט"ח במשכונא שהיא מוחזק' ביד המלוה דהרא"ד סבירא ליה דגובה בלא

בלא שבו' אחר מיתת הלוה וכן בחיי הלוה וטענו השב' לי דלא פרעתיך א"ן נשב' אבל בשם הר"י הלוי מצאתי דכיון דמצי לסלוקי בזוזי לא לפרו' קאי ואינו נפר' אלא בשבו' וכן היה דן בה שאם מת הלוה בחיי המלוה ומת המלוה ולא נשב' ואין נאמנות בשטר חוב אין אדם מוריש בו שבו' לבניו ופקע כוליה עיין שם נראה בהדיא דוקא אם מת הלוה בחיי המלוה ואח"ך מת המלוה הוא דאמרי' אין אמש"ל אבל אם מת המלוה ואח"ך הלוה אם לא טען הלוה ודאי אין טוענין ליורשיו אלא אפי' טען הלוה ולא הספיק לישב' עד שמת משמ' דלא אמרי אין אמש"ל אלא דוקא כשמת לוה בחיי מלוה ועי' בש' פ"מ סימן י"ג שכ' הרי"ף בתשו' שכ' דאם מתו היורשים שהיה להם לישב' שבועת היורשים אין היורשים שלהם נשבעין שבו' היורשים ה"ד כשמת המלוה ואח"ך מת הלוה שכבר נתחייבו שבו' יורשי המלוה ליורשי הלוה אף בלא טענה כדין יתומים מיתומים והוא מוכרח שהרי בעל העיטור חולק על הרי"ף וס"ל דשבו' היורשים יורש מורישה ליורש ואי מיירי בחיי הלוה א"כ לא משכחת לה אלא ע"י טענה והרי בעל העיטור סבירא ליה כרב שר שלום דנשב' הלוה ונפטר כמ"ש המ"מ בפי"ז מה' מלוה ע"ש וכבר כתבתי בסימן פ"ב דדברי בעל העיטור דלא ס"ל כרב שר שלום אלא כרב האיי והרי"ף דבחיי היורש נשבעים שבועת היורשי' עיין שם אבל דבר ה' בפיו אמת שכן מבואר בתשו' הרי"ף סימן ע"ט דמיירי במת המלוה ואח"ך מת היורש כדין יתומים מיתומים ע"ש וה' פ"מ שכ' שכן מתבאר בתשו' מהרא"נ ח"א סימן ק"ט עיין שם וכ"כ מהרא"נ ח"א סימן ס"א וז"ל ואע"ג דאי הוה אבוהון קיים אי הוה טעין אישתב' לי דלא פרעתיך הוה משבעי' ליה מ"מ כיון שהשטר קיים ביד היורשים גיבה ממנו ולא אמרו אין אמש"ל אלא כשמת לוה בחיי מלוה שחייבו למלוה שבוע' מפני תקנת היתומים עיין שם משמע אפילו אמר הלוה למלוה השב' לי ולא הספיק לישב' עד שמת כיון דאין השבו' מפני תקנת היתומים לא אמרינן אין אמש"ל וכ"כ בסימן פ' דלא אמרינן אין אמש"ל בשבו' זו עיין שם וכן דעת הלח"מ בפי"ז מה' מלוה עיין שם וז"ל בעל העיטור בדיני חוב דף ס"ג ע"ב ולא אמרינן דכי נקיט שטרא אין אמש"ל אלא בהא דרב ושמואל ביתומים מיתומים משום תקנת יתומי בני לוה שלא יפרעו ממון אלא בשבו' ודאה אבל פוגם שטרו בלא יתומים מן היתומים הוא ונקיט שטרא וה"ה לכל דנקיט שטרא וכולי ע"ש אלמא דוקא יתומים מן היתומים אמרי' אין אמש"ל כיון דאיכא שבועת ודאי אבל בכל דנקיט שטרא אשבועתא ודאי היא לא וכן פסק מהר"י בן מיגש סימן ס"ד מההיא דפוגם שטרו דכ"ש שבו' זו דאין בית דין מחייבי' אותה אלא לאחר שיתבע אותה הלוה ובסימן קכ"א משמ' דאפילו רב ושמואל מודו בשבו' זו דלא אמרו אלא בשבו' שב"ד מחייבי' אותה בלא טענת הלוה עיין שם :

ומהר"ם בתשו' הקצרו' סי' כ"ג והובא בתשו' דשייכי לס' משפטים סי' מ"ג שכ' וז"ל וזה א"ל אמאי לא מוקי מתני' דוכן היתומים לעולם מלוה וכגון דא"ל בחיי אביהם אישתבע לי דלא פרעתיך ולא הספיק לישבע עד שמת דכותה יתומים צריכין לישבע וליטול כיון דאביהם נתחייב שבועה דהא ודאי לא מצו לאוקומא הכי לרב ושמואל משום דאין אדם מוריש וכולי עכ"ל נראה דלרב ושמואל הוא דקאמר דס"ל אין אמש"ל בכל ענין אבל אנן לא עבדי' כותיהו אלא במת לוה ואח"ך מת מלוה ולדידן מצי לאוקומי מתני' באמר המלוה ללוה השבע לי ולא הספיק לישבע עד שמת שהיתומי' צריכים לישבע אלא משום דרב ושמואל לא מוקמי לה הכי וכה"ג כתב מהר"ם בתשו' הקצרו' סי' קע"ב ע"ש ועי' בתשו' הריב"ש סי' קפ"ב :

כ"א ואפי' היה היורש קטן וכו' הטור סיים או אפי' שנולד אחר שמת אביו וכולי וכ"כ המ"מ בשם הרמ"ה ע"ש ומהרי"א בסי' ק"ט כ' אע"ג דהרמב"ם פסק כת"ק דדוקא יורש קטן וכו' מ"מ אזלי' לחומרא כהרמ"ה שכ' המ"מ שלא להוציא ממון עד שישבע היורש ע"ש וכבר כתבתי בסי' ס"ז וסי' פ"ב שי"ל דגם בשבועה דלא באה בלא טענה אנן מחמרי' ע"ש וז"ל רב נטרונאי בתשו' בס שערי צדק שער ה' סי' ב' אפילו נולד הבן אחר מיתת האב נהי וכו' אבל שלא מצאתי בין שטרות של אבא יש לטוענו וכו' ולא שקיל עד דמשתבע ואתא רשב"ג למימר דקא אמרת אפי' נולד הבן אחר מיתת האב נשבע ה"מ בסתמא אבל יש עדים שאמר האב בשעת מיתה שטר אינו פרוע נוטל בלא שבועה ע"ש ונר' דס"ל דרשב"ג דאמר אם יש עדים שאמ' האב בשעת מיתתו שטר זה אינו פרוע נוטל בלא שבועה ה"ד בנולד הבן אחר מיתת האב אבל אם יש היורש בשעת מיתת אביו מודה לת"ק דצריך לישבע שלא פקדנו וכו' אפי' אמר בשעת מיתה שטר זה אינו פרוע דשמא להשביע את בניו אמר כן לאחשובי' ע"ש בתוס' אבל מדברי הרמב"ם בפי"ז מה' מלוה והסמ"ג עשין צ"ד מבואר דאם אמר האב שאינו פרוע לעולם נוטל היורש בלא שבועה דרשב"ג פליג את"ק וכן דעת הראב"ד בס' תמ"ד סי' רל"ח ד' נ"ה ע"ש ובס' שערי צדק שם סי' ל' כ' ר' יהודה גאון דאין הלכה כרשב"ג אלא כרב ושמואל או כר"א ע"ש ונר' דלא ס"ל הך כללא דכל מקום ששנה רשב"ג במשנתינו הלכה כמותו וכן דעת הרי"ף והרמב"ם דלא פסקי כרשב"ג כי איכא טענות כמו שהאריך ה' יד מלאכי סי' ש"ז וא"כ הרמב"ם שפסק כן כרשב"ג לא (א"ה עכ"מ ואח"ך כתוב ובש' וכו') ובס' הלכות גדולות ד' כ"ח כ' ואיתא לדרשב"ג ואפשר שט"ס וצ"ל וליתא לדרשב"ג ע"ש :

כ"ב ישבעו בנק"ח וכו' כתב מהר"ש בתשו' הארוכו' סי' תתכ"ט באם רוצה להשביע כל א' וא' בפני עצמו לא כל הימנו שלא מצינו היתומים שנחלקו בשבועה דתנן וכן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה וכו' אלמא אין נחלקים ע"ש :

כ"ג דין א' אם השטר יוצא מתחת יד זה שאמר פרע נאמן וכו' נר' דה"ד אם לא הוחזק השטר בב"ד דאם הוחזק בב"ד ליכא מגו כמבואר בסי' מ"ז ע"ש וכ"כ הפרישה והכנה"ג אות ס"ג ובתשו' ח"א סי' ע"ב כ' לכאו' מיירי בהוחזק השטר בב"ד מדכתב הטור בסי' ל"ג בשם הרמב"ם והראב"ד דלפי דברי הב"י ס"ל דכל שיוצא השטר מתחת יד המודה נאמן הפך אביו הרא"ש אם לא שנאמר דהתם מיירי בלא הוחזק השטר בב"ד מיהו נר' עיקר דה"נ מיירי בלא הוחזק בב"ד והטור בסי' ל"ג ס"ל דהראב"ד והרמב"ם חולקים ועיקר כדברי הרמב"ם ע"ש ודבריו תמוהים דאם הרמב"ם חלק על הראב"ד א"כ מ"ש הרמב"ם דאף אם השטר ביד המודה נאמן והראב"ד ס"ל דדוקא כשהשטר בידו נאמן מיהו כבר כ' הפרישה בסי' זה דשאני התם דהשטר נכתב על שם שמעון המודה לכך נאמן משא"כ כאן דנכתב על שם אביהם או על שם שני השותפין וכ"כ הב"ח בסי' ל"ג ע"ש:

כ"ד ואם לאו אינו נאמן אלא על חלקו לבדו וכו' הראב"ד

הרא"ש נסתפק כיון שהיא מפסיד חלקו קושטא קאמר כדאמרינן בפרק הניזקין גבי כ"ת ונראה לי דלא דמי כלל דהכא איכא למיחש דילמא קנוניא וכו' פסק ריקאנטי סי' ת"ט ע"ש והביאו הכנה"ג ח"ב ע"ש וכבר דחה כן בעה"ת ש"ד ח"ז עש"ב וז"ל הרשב"א בתשו' ח"ב סי' שס"ד ואין אומרים חזקה לא מסקרי שהרי הם פורעים לו חלקם ומשנה שלימה שנינו בכיולא בזה בפ' י"ן זה אחי אינו נאמן נוטל עמו בחלקו ואם מת ירשו אחיו עמו ואוקי בגמ' כששאר האחים אינם מכחישים אותו שאלו כן כשמת לא היו שאר האחים חולקים וכו' והנך אמרי לא ידעי' ואפ"ה אינו חולק עמהם וכו' ע"ש וקלא הימא על הרא"ש ובעה"ת שכ"כ מסברה ולא זכרו משנה בפ' יש נוחלין :

כ"ה כתב הכנה"ג אות ס"ה דוקא ביורש ביולית שט"ח ואמר פרוע הוא היכא מגו שהיה שורפו דכין שיטען פרוע הוא בין אם היה שורפו היה מפסיד המלוה כל החוב אבל בשטר כתובה שטוען היורש פרוע ליכא מגו שאם היה שורפו אע"ג דמפסיד נדוניא ותוס' עיקר כתובה אינה מפסדת הכל והוי מגו לגרוע ומגו לגרוע לא אמור ואף שהר"י והרי"ף והרמב"ם סבי' ליה דבמקום שכותבין כתובה אם אינו בידה אינה גובה אפי' עיקר כתובה וא"כ נאמן היורש לומר פרוע הוא במגו שהיה שורפו ומטעם שהוא מוחזק יכול לומר קי"ל הכי לא היא דכיון שהדבר מחלוקת מגו במקום שטענת המגו מחלוקת לא אמרי' עכ"ב ואין נ"ל שהרי כ' הרמב"ם פ' י"ו מה' אישות ופסקו מרן בא"ה סי' ק' ס' י"א וז"ל א"ל כך היה גרשתי ונתתי לך כל הכתובה עיקר ותוספת וכתב לה שובר ואבד שוברי מתוך שיכול לומר לא גרשתי ולא יתחייב בתוס' נאמן וכו' ונותן לה את העיקר ונשבע הוא היסת על התוס' ע"ש וה"נ גם למ"ד דעיק' הכתובה אינה מפסדה אם טוען היורש דכל הכתובה פרועה מתוך שיכול לשורפו ותפסיד הנדוניא ותוס' נאמן גם התוס' והרמב"ן בח"ה ס"ל דלא אמרי' מגו לחצי טענה ובאומר קרקע זה לקוחה היא בידי דלא אמרי' נאמן על הפירות מיהא במגו שהיה אומר לפירות ירדתי והביאם הכנה"ג בסי' פ"ב אות קע"ב ע"ש אפשר דה"ד במגו דטענה שהיה יכול לטעון טענה אחרת אבל במגו דהכא שבידו לשורפו אליס וכה"ג כ' הרמב"ן והרשב"א והר"ן בפ' האומר בקי' גבי מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים וכו' דהא דמ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא ה"ד במגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי אבל דמגו דבידו אליס והוי כעדים ממש וכן נר' דעת התוס' בפ' י"נ גבי האומר זה בני וכו' דאמרי' מגו לחצי טענה מגו דבידו לגרשה כמ"ש הכנה"ג בדיני מגו אות פ"א ואע"ג דהרמב"ן בפ' י"נ והר"ן בפ' האומר ס"ל דמגו דבידו אמרי' לחצי טענה ע"ש מ"מ נר' ודאי שיכול המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דאמרי' מגו דבידו אפי' לחצי טענה והרי הרמב"ם ומרן כ' דבעל שאמר גרשתי ופרעתי כל הכתובה נאמן מתוך שיכול לומר לא גרשתי נאמן אף על התוס' וכ"ש במגו דבידו לשורפו דנאמן וגם מגו במקום שטענת המגו מחלוקת כבר הוכחתי בסי' פ"ב בדיני מגו ממ"ש מרן בסי' נ' בכת"י שכתוב בו אני פ' לויתי ממך מנה מתוך שנאמן לומר פרעתי נאמן לומר לא לויתי ממך אלא כפל ממני ומלאתיו וכ"כ בסי' ס"ט אם טען אמנה וכולי נאמן במגו דפרעתי נראה דאמרי' מגו אפי' בטענת המגו מחלוקת הפוסקים דאינו נאמן לומר פרעתי בכת"י כמו בשטר ודעת מור"ם דהוי ספיקא דדינא כמ"ש הש"ך בסי' ס"ט ס"ק ת' ובסימן קכ"ו פסק אפי' נתן לו כת"י נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי א"כ אמרי' מגו אפי' במקום שטענת המגו מחלוק' הפוסקי' וספיקא דדינא היא וכ"כ ה' כנה"ג בסימן פ"ב אות קמ"ט דמדברי הריב"ש בסי' קל"ה יש לדקדק כן דאמרי' מגו במקום מחליקת וכן הוכיח ה' בסימן ס"ט הגב"י אות כ' מדברי מהרשד"ס סי' ל"ו וסי' ל"ד וכן נראה קצת ראיה מדאמרי' בפ' ז"ב ההיא איתתא דנפיק שטרא מתותי ידה קמיה דר"ן אמרי' ידעי' בהאי שטרא פריע' הוא הימנא ר"ן א"ל רבא כמאן כר' דאמר אותיות נקנות במסירה דאי בעיא אמרה לקוחה היא בידי והא לרבנן אין נאמנת לומר לקוח' היא בידי ומשמע דאי ס"ל כר' דאמר אותיות נקנות במסירה אמרי' מגו ע"ש וא"כ פשיטא דהמוחזק יכול לומר קי"ל דאמרי' מגו במקום מחליקת וה"נ היורש נאמן לומר ששטר הכתובה פרוע במגו שהיה שורפו דאם היה שורפו היה מפסיד הכל כדעת ר"ח וסייעתו דאם השטר הכתובה בידה אינה גובה אפי' עיקר הכתובה :

כ"ו דין ט' לריכים גם כן לישבע וכו' כתב הריטב"א בפרק הכותב בשם בעל העיטור דוק' טענו א"ל אבא פרעתי אבל אנן לא טענינן להו דאין טוענין ליורשים לחובת יורש אחר הש"ך ולא זכר דגם בעה"ת שער י"ד ח"ע הביא דברי בעל העיטור והסכים עמו וכן מוכח בהדיא תשו' הרשב"א ח"ב סימן ל"ז דאין טועני' ליורש נגד יורש אחר עיין שם וכן כתב הרב פ"מ חלק ב' סימן ל"ז ע"ש אבל הטור הסכים עם הרא"ש דלעול' לריכים לישבע שלא נפרעו אפילו לא טענו יורשי הלוה א"ל אבא שפרע דאנן טענינן להו ע"ש וכן דעת הרדב"ז ח"ג סימן תקי"ז דלעולם טוענים ליורש אפילו לחובת יורש אחר עיין שם והרב כנה"ג בסימן קנ"ג הגב"י אות ל"ב תמה על מהרש"ג שכתב דכיון דהוי ליקח אחר אין טועני' ללוקח נגד לוקח שהרי הטור כתב בשם הרמ"ה דאפילו לא טענו אנן טענינן להו ובסי"ז הביא מחלוקת זו בשם הרא"ש ובעל העיטור וכתב דמסתבר כדברי הרא"ש שלעולם טוענים להחזיק הממון במקומו ואף שמרן בספ' הקלר סתם כדעת בעל העיטור דאין טוענים ליורש נגד יורש אחר כיון דאיכא פלוגתא המע"ה וכמ"ש ה' משפט לדק חלק ב' סימן כ"ו ואולי סבירא ליה למהרש"ג דהתם בעל העליה שבא לבנות נקרא מוליא ואפי' להרמ"ה והרא"ש אין טוענים ליורש נגד יורש אחר אלא להחזיק עיין שם ומ"ש דמרן סתם דאין טוענים ליורש נגד יורש אחר לית' שהרי כתב מרן בסימן זה ס"א דאם מת המלוה והיורשי' באים לגבות מיורשי הלוה אפילו יורשי הלוה אין טועני' אין גובים מהם דאנן טענינן להו שפרע אביהם אלמא סבירא ליה דטוענים ליורש אפילו לחובת יורש אחר כדעת הרמ"ה והטור וכן כתב הסמ"ע ס"ק ח' עיין שם ונרא' לבעל העיטו' דוקא התם דיורשי המלוה טוענים טענת בריא שלא נפרענו מאביכם קאמר דאין טוענין ליורשי הלוה שחוב ליורשי המלוה אבל בשמא ושמא מודה להרמ"ה דטועני' ליורשי הלוה ואם כן הכא נמי טוענים ללוקח נגד לוקח אחר כיון ששניהם טוענים שמא וכ"מ להרב בסימן ס"ז הגה"ט אות מ"ז על מה שכתב ר' ירוחם דטועני' ליורש שמא היה לאביהם פרוזבול או שמא תנאי היה ביניהם וכתב וז"ל ואולי אפילו במת לוה היא וסובר כס' בעל העיטור דאין טוענין ליורש במקום שיש חוב ליורש אחר ואין זה נוח לי דלא כתב כן בעל העיטור אלא דוקא כשיורשי המלוה טוענים טענת בריא וכו' אבל בכאן שיורשי המלוה

המלוה אין טוענים ברי אלא שאנו טוענים בשבילם שמא פרוזבול היה לאביהם ואבד או תנאי היה וכו' נטעון גם כן ליורשי לוה לא היו דברים מעולם להעמיד הממון בידם עכ"ל הרי שכתב דבעל העיטור מודה דטוענים ליורשי הלוה נגד יורשי המלוה כשהם טוענים שמא אבל לא זכר מה שכתב הטור בסימן זה ס"ד וז"ל ואם מת המלוה וכו' ואם טענו יורשי הלוה אבינו א"ל לויתי ופרעתי או שאמ' שמא פרע אבינו אין יורשי הלוה גובים כלל אבל אם הם שותקים ואין טוענים כלל נוטלים יורשי המלוה אפי' בלא שבועה לפי שאין טוענין ליורשי הלוה לחוב ליורשי המלו' והרמ"ה כתב אפילו לו טענו אנן טענינן להו והכא נמי מסתברא עכ"ל הרי איכא מ"ד דאין טוענים ליורשי הלו' לחוב ליורשי המלוה אפילו אין טוענים ברי וכן ס' בעה"ע בדיני חוב דף ס"ג וס"ת אין טועני' ליורש במקו' יורשי' אחרים ודינן כדין לוה ומלוה עיי"ש משמע אפילו בשמא ושמא אין טועני' דהוו כלוה ומלוה והרא"ד דסביר' ליה דטעני' ליורשי הלוה נראה דהיינו דוקא במלוה בשטר דאין יורשי המלוה מפסידין דגובים בשבו' או בלא שבו' ולכך טועני' ליורשי הלוה להשביע יורשי המלוה דבקל רמינן שבועה כמו שכתב מהר"ם בתשוב' המיי' דשייכי לסדר משפטים סימן ן' עיין שם אבל במלוה על פה דאם טועני' ליורשי הלוה יפסידו יורשי המלוה לגמרי אפשר דס"ל להרא"ד דאין טוענים ליורש להפסיד יורש אחר וכן ראיתי להדרים' בסימן זה שדקדק כן מדברי הטור ואם כן א"ל דרבינו ירוחם סבירא ליה הכי דיורשי המלוה גובים בשט' דטועני' שמא פרוזבול היה לאביהם או תנאי וכולי ואין טוענים ליורשי הלוה להפסיד ליורשי המלוה וה' פרח מטה אהרן ח"א סימן כ"ו וסימן קכ"ד כ' דבמלוה בשטר האי טעמא דאין טוענים ליורשי הלוה משום דאיכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי דמסייעה ליורשי המלוה עיין שם אבל מצאתי למהר"ם בתשובו' הארוכות סימן קמ"ג שכתב וז"ל ואלו היה אביהם קיים הו"מ אמר מינך זבינתה או אתה מחלת לי השתא נמי טענינן לבריה הכי ואף על גב דהתובע נמי יורש המע"ה וכו' וכן כתב בתשובות הקצרות סימן כ"ג עיין שם וכן מצאתי להרשב"א בתשו' חלק ד' סימן סי"ט שכתב דטוענים למקבל מתנה לגבי יורש ע"ש גם רבינו יחיאל בתשובו' כלל צ"ט סימן ו' כתב וז"ל אם לא שנאמר דטענינן ליורש שהוא יורש בית זה מאביו שאפשר שפתח החלון קודם שבנה שמ' הגג והיה לו הז"ר וקנאה מנגו אמגס שמ' זה לוקח ונטעון גם לו והואיל וכן העמיד בחזקת' וכולי עיין שם אלמא טוענים ללוקח להפסיד היורשים להעמיד הדבר בחזקתו ואם היה חלון שיש בו הז"ר טוענים ליורשים שאביו קנה מהמוכר והרא"ש בתשו' משמע דמודה לו בזו וכן כתב הרב פמ"א סימן קכ"ד עיין שם (א"ה עכ"מ) :

כ"ז כתב הרב כנה"ג אות מ"ו וז"ל ואני מצאתי להריב"ש סימן קל"א דכתב דטעני' ליתמי דילמא התנה אביהם בשעת הלואה שלא תשמטנו שביעי' והיה נאמן במגו דאי בעי אמר פרוזבול היה לי ואבד ואולי התם שאני דחזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסור' מסייע' לטענת המגו וכו' וע"כ צריך לומר כן דאי לא תימא הכי היאך טוענים ליורש במקום יורש אחר ואפי' להוליא וכו' עיין שם וזה נראה ברור שהרי כתב הרשב"א בתשו' חלק ב' סימן ר"ת וז"ל דגובה אפי' ממשעבדי מהאי טעמא דלא שביק היתרא ואכיל איסורא דבודאי דמשוי' לי' אפילו לענין איסור דאורייתא ומשום הכי פותחין לו דאי לא היאך מוליאין מיד זה מספק וכו' עיין שם וכן כ' בחלק ג' סימן ל"ג דאפשר דאפילו חרש שתק לא בעי מהאי טעמא דבודאי מבוינן ליה עיין שם:

כ"ח דין יו"ד יש אומרי' שאין יורשיה' נשבעין ונוטלין כתב הב"ח דמיירי במת מלוה ואחר כך מת לוה ואחר כך מתו יורשים דהיינו יתומים מן היתומים שכבר נתחייבו יורשי המלוה ליורשי לוה שבו' ואין אדם מורי' שבועה לבניו וכן הכריח הפרישה דמיירי בהכי ואם מיירי כשהלוה חי וכבר תבע מהם שישבעו לו וכו' א"כ אף כשלא מתו יורשי המלוה נמי כשתבע הלוה שבועה מהמלוה לא היה אפשר לו לגבות אלא בשבועה ואחר כך כשמת המלוה ויורשי המלוה באין לגבות מהלוה עצמו נימא אין אדם מוריש ממון כהאי לבניו אלא ע"כ בכי האי גוונא דהיה אפ' לגבות בלא שבו' כשלא תבעו השבוע' לא מיקרי אינו יכול לגבות בלא שבוע' עיין שם ונראה דאם באו לגבות מהלוה עצמו פשיט' דלא אמרי' אמש"ל דדוקא ביתומי' מן היתומי' אמרו משום תקנת בני הלוה אלא דא"כ אף לא מתו יורשי המלו' כשתבע הלוה שבועה מהמלוה ומת מלוה ואח"כ מת הלוה ובאו יורשי המלוה לגבות מיורשי הלוה נימא אין אדם מורי' שבו' לבניו אלא ודאי דלא אמרינן כן בשבועה שאינה אלא ד"י טענה והכא מיירי במת הלוה קודם שמתו יורשי המלו' שכבר נתחייבו יורשי המלוה שבועה ליורשי הליה וכן מבוא' בתשובות הרי"ף סימן ע"ט וז"ל ראובן הלוה ממון לשמעו' בשטר ונפטר ראובן ואחר כך נפטר שמעון והניח בן ואחר כך נפטר בן ראובן והניח בן ועמד בן זה שהוא נכדו של ראובן ותבע בן שמעון בשטר היש לו מה לגבותו או לא תשו' אין לנכדו של ראובן לגבות כלום בשטר זה ע"פ שאמרו רז"ל וכן היתומים מהיתומים לא יפרעו אלא בשבו' שלא פקדנו אבא ושלא מצא שטר בין שטרותיו זה פרו' וכיון שמת בן ראובן ולא נשבע שבועה זו שנתחייב אין לבנו מן הדין שישבע ויגבה מפני שאינו יודע על מה שישבע ובזה אומרים אין אמש"ל אבל יש לו להחרים סתם וכולי עכ"ל וכ"ה בתשו' הרמב"ם בס' פאר הדור סימן ר"ז עיין שם הרי דמיירי במת הלוה ואחר כך יורשי המלוה דכבר נתחייבו יורשי המלוה שבועה ליורשי הלוה שלא פקדנו וכולי ולכך אין יורשים גובים לפי שא"א להם ליסב' שאין יודעים ע"מ שישבעו :

והרב כנה"ג הגה"ט אות ס"ט כ' דאפש' לומ' דהרי"ף מיירי במת לוה אחר במת מלוה וסבירא ליה להרא"ד דיורשים נשבעין שני שבועות שלא פקדנו אבא ושלא נפרענו מאביכם וגהי דשבו' דשלא פקדנו לבא הוי שמא ואדם מוריש שבו' זו לבניו מ"מ שבו' שלא נפרענו מאביכם הוי שבועת ברי ואין אדם מש"ל אבל דברי הרא"ד בתשו' שכתב הטעם שמא לו לוה ולהם לא לוה נראה דיורשי יורשים אין יכולים ליסב' אפילו שבו' שלא פקדנו אבא מה"ט וכן ראיתי להרדב"ז בתשו' הבין דברי הרא"ד שהלוה קיים עיין שם ותשו' הרדב"ז היא בח"ב סימן תמ"ג והביא דברי הרי"ף והר"י אברללוני והרא"ד מיירי ביורשי המלוה דמתו בחיי הלוה ואח"ך מת הלוה ובאו יורשי המלוה לגבות מיורשי הלוה דאין גובים מהם משום דאין אמש"ל עש"ב וכבר כתבתי תשו' הרי"ף והרמב"ם דמיירי במת לוה ואח"ך יורשי המלוה ולכך אין יורשים גובים ולאו משום שבו' שלא נפרענו מאביכם דהוי שבו' ברי אלא משום דנתחייבו שבו' דשלא פקדנו וכולי ויורשיהם אין יכולים ליסב' שבו' זו כטעם הרא"ד וכתב הב"ח דלפי מ"ש הטור ומסתברא כדברי הרא"ד בלטולם טועני' וכולי ודאי אם שתקו יורשי מלוה ויורשי לוה היו לריכים ג"כ ומתו יורשי מלוה אמרי' אין אמש"ל לכ"ע כיון דיורשי

מלוה

מלוה היו חייבים לישב' שלא נפרעו מאביהם שהיא שבו' ברי והא דנשבעין ונוטלין ה"ד כשטענו יורשי לוה אבינו א"ל פרעתי לאביהם דלא נתחייבו יורשי מלוה שבו' שלא נפרעו הם אלא שבו' שלא פקדנו וכו' עיין שם וא"ל דגם הראב"ד מודה דאין טוענים ליורש להפסיד יורש אחר ולא סבירא ליה דטוענים אלא בשטר לענין דאין נוטין יורשי המלוה אלא בשבו' דבקל רמי' שבו' והרמ"ה שכ' דאפילו לא טענו אנן טעני' להו והסכים עמו הטור היינו דוקא במלוה על פה אבל במלוה בשטר אפשר דמודה דלא טעני' אלא לישב' אבל להפסיד לא כמ"ש הפרישה עיין שם ואם כן אף על גב דטוענ' ליורשי הלוה שמא פרע אביהם ליורשי המלוה וצריכים לישב' א"ל דאם מתו יורשי המלוה אין טוענ' כן להפסיד יורשי המלוה לומר אין אדם מוריש שבו' לבניו דאין טוענ' ליורש להפסיד יורש אחר ודוקא לענין שבו' טוענ' להם והר' כנה"ג בסימן ס"ו הגב"י אות ל"ה במילתא דשכיחא ולא שכיחא גבי מוכר שטר חוב וטען פרוע וזה לשונו דבשלמא כשהלוה בחיים וטען פרעתי למלוה מהימני' ליה אבל כשמת לוה נהי דאנן טעני' ליתמי להצריך שבו' ללוקח או למוכר אבל לא לענין שאם מת מלוה אח"ך יאבד הלוקח מעותיו וכו' כיון דלא שכיח שיפרע למלוה אחר מכירת השטר מיהו בשטר כיס היוצא על היתומים לא טעני' להו הכי אפילו להצריך שבו' למלוה משום דלא שכיח אבל הכא דשכיח ולא שכיח לענין להצריך שבו' למלוה טעני' אבל לא לענין שיכנס בסוג מת לוה בחיי מלוה וכו' ע"ש הרי דאפילו טוענ' ליתימים לענין שצריך המלוה לישבע לא אמרי' אין אדם מוריש שבו' לבניו וה"נ א"ל דטוענ' ליורשי הלוה לחייב יורשי המלוה שבו' אבל לא לענין שאם מתו יורשי המלוה שיכנס בסוג מת לומר אין אדם מוריש שבועה לבניו דאין טוענ' ליורשים להפסיד יורש אחר והתימא על הש"ך דלעיל לא הזכיר אלא דברי הריטב"א ובעל העיטור דאין טוענ' להם שיפרע אביהם ליורשי המלוה אפילו לגבי שבו' וכאן כ' דאמרי אין אדם מוריש שבו' לבניו וצ"ע לדינא :

כ"ט דין י"א אבל אם מת לוה בחיי מלוה וכו' אם לא נודע מי מת קודם מלוה או לוה לכאורה נראה דשטר בחזקתו דהוי כברי בחיוב' וס' בחזרה ועוד דמעיק' הדין מלוה גובה מיורשי הלוה בלא שבו' אלא דרבנן תקנו דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבו' ורב ושמואל חדשו בה דבר דאם מת הלוה ואח"ך מת מלוה אין אדם מוריש שבו' לבניו וקי"ל מאן דעבד כר"א עבד א"כ בכל דהו דחי' לה עיין שם נראה בידאי גם היורשים לא הוי כברי בחיובא וס' בחזרה כמ"ש הטור בסימן ע"ה סי"ט וז"ל והא דאמרי' כשמשיב הנתבע איני יודע אם פרעתיך הם לא שחייב לשלם ה"מ בלוה גופיה אבל אם תבעו ליורשיו ואמר איני יודע שאני חייב לך ואיני יודע אם פרעך אם לא פטור כיון שאם היה קיים זה היה יכול לומר פרעתי אנן נמי טעני' ליה ליורש שאביו פרע וכו' וכ"כ בעה"ת בל"ת ח"ג סי' ד' ע"ש אלמא לא אמרי' ברי בחיובא וס' בחזרה חייב אלא בלוה גופיה דהו"ל לידע ולא ביורשי' ואפילו המלוה תוב' בברי היורשים פטורים ואם כן אפש' דה"נ בשטר שטוענ' ליורשי הלוה שאביהם פרעו למלוה והיה המלוה צריך ליטב' וכשמת אמרינן אין אדם מוריש שבו' לבניו אפילו לא ידעו יורשי הלוה אם מת אביהם קודם המלוה לא הוי כברי בחיובא וס' בחזרה דלא הי"ל לידע מיהו הש"ך בסימן ע"ב ס"ק נ"א כ' דהא דיורשי' פטורים היינו משום דלאו בע"ד דידהו הוא ודילמא אי הוה אבוהון קיים הוה טעין חמשים יש לך וחמשים ידענא דאין לך והיה נשב' ונפטר עיין שם ואם כן נר' דוקא במלוה על פה אם אמרי היורשים איני יודע אם פרעך אבי פטור מה"ט דמלוה לאו בע"ד דיורש הוא ודילמא אם היה אביהם קיים היה טוען פרעתי ואנן נמי טעני' ליורש כן אבל במלוה בשטר דהמלוה גובה מהיורש בשבו' לא שייך ס"ט וראיתי לה' כנה"ג חא"ה סי' ל"ו הגה"ט אות כ"ב שכ' גבי אלמנ' שמתה דאין יורשיה יורשי כתובת' כלע"ד דה"ד כשיודע לנו שלא נשבעה אבל אם אין ידוע אם נשבעה או לא נשבעה ויורשי האב טוענים שלא נשב' עליהם להביא ראיה וכ"כ בנימין זאב סימן תכ"א אבל מדברי מהריב"ל ח"א סי' ס"ט נראה דסבירא ליה דעל יורשי האשה להביא ראיה שנשבעה ע"ש וכ"כ הרדב"ז ח"א סי' קע"ז ורכ"ז דאפי' יורשי האשה מוחזקי' עליהם להביא ראיה שנשבעה ומצאתי בתשו' הרשב"א ח"ב סי' כ"ו שכ' כ' ר' שמחה דאם אין עדי' שנשבע' נכסי' בחזק' יורשי האב קיימים ועל יורשי האשה להביא ראיה שנשב' וכ"כ הרשב"א בתשו' שם סי' כ"א ע"ש וכ"כ עוד הרשב"א בתשו' ח"ד סי' קמ"ב עיין שם א"כ הרשב"א ומהריב"ל והרדב"ז ס"ל דעל יורשי האשה להביא ראיה שנשבעה וה"נ כשלא נודע אם מת המלוה קודם או מת הלוה דעל יורשי המלוה להביא ראיה שמת אביהם קודם וכן אם טענו יורשי המלוה שנשבע אביהם עליהם להביא ראיה וכה"ג כתב מהרא"ח ח"ב סימן מ"ח דאין להוציא ממון במחלוקת הפוסקים ואע"ג לענין שבו' קליטא והכו דלא לוסיף עלה ודיינא דעבד כר"א עבד מ"מ אין לנו כח להוציא ממון מיד המוחזק כיון דאיכא לספוקי וכו' ע"ש הרי אע"ג דשבו' זו קילא אין מוציאין ממון וא"כ בספק אם מת המלוה קודם או אם נשבע או לא אין להוציא ממון :

למ"ד שאלה ראובן חייב לשמעון סך בשטר ופרע לו סך מהחוב ונכתב הפירעון ע"ג השטר ואח"ך מת ראובן הלוה ועמד שמעון המלוה ותבע ליורשים של ראובן והיורש הוציא שטר שמסר אביו מודעא שאינו חייב לו אלא סך כו"ך והשאר לא חייב עצמו אלא מתמ' שהיה אנוס והסך שפרע לו הוא קרוב למה שחיי לו באמת ובו"ד החמילו הדין לראות אם המודעא קיימת ואדהכי מת גם המלוה וכעת עמד יורש של המלוה ותבע יורש הלוה מהו הדין :

לבאור' נראה אע"ג דקי"ל דאם מת לוה ואח"ך מת מלוה אין אמש"ל בכ"ד כיון שהלוה מסר מודעא לא חיישינן שמא פרע וכדאמרי' בפ"ק דב"ב בחזק' שלא נתן וכו' דאמ' מי יימר דמחייבו ליה רבנן ומהר"י ן' מיגש בסוף בתרא אדאמרי' כלפי לייא וכו' כ' וז"ל כלומר אדרבא כשאמר תנו מידע ידעי דמחייבי ליה בההוא מנה ופרעי ליה וכי לא אמר תנו כיון דא"ל דשלא להשביע את בניו איכון ולא מחייבי' בההוא מנה כי מיית ההוא פ' השתא ראיה דקושטא קאמר ולא שלא להשביע את בניו איכון אמאי מהימני לומר פרענו אנהו מי הוו ידעו דמייתי ההוא פ' השתא הא ראייה דליפרעו ניהליה והא תמיהא דמיא להאיך דאמרי' חייב אתה ליתן לו ואמר פרעתי אינו נאמן דמימ' אמר עד דמעייני רבנן בדיני ע"ש אלמא בחוב שאינו מבורר אינו נאמן לומר פרעתי וכ"כ הג"א בס"פ המקבל ותשו' המיי' דשייכי לס' משפטים סי' ל"ב בשם ר"י גבי דברים העשוים להשאיל ופסקו מור"ם בסי' ע"ב סי"ח דאפילו לא ראו העדים בידו בשעה שתבעו לב"ד

לב"ד אלא שראו קודם לכן בידו וטען אז שהם מכורים בידו או טענה אחרת שאינן ראוים להחזיר לפי אותה טענה וכו' ע"ש וכה"ג כ' מהרימ"ט ח"א סי' ק"ה וז"ל וגם בחובות שהיו ביד אחרים וגבאת' היא ונכנסו לרשות' וכו' נראה דלא היתה נאמנת לומר החזרתי כיון דמעיק' אמרה שבעלה נתן לה כל הנכסי' במתנה ולכך תפסתם אינה עשויה להחזיר דמי יימר דמחייבו לה רבנן דומיא דפ"ק דבתרא בחזק' שלא נתן וכולי דאמר מי יימר דמחייבו ליה רבנן וכו' וכן מוכח מההיא דפ"ק דמליעא וכו' וסברא גדולה היא היא דהלואי שיפרע אדם אחר שפסקו דינו שכמה פעמים מתוך שבני אדם מתעלמים בדין ומעכבים את הממון באים לידי פשרה וכו' ע"ש וכ"כ בסי' קי"ב ע"ש וה"נ לא חיישי' שמא פרע מה"ט והמלו' היה גובה מיורשי הלוה בלא שבועה וכ"כ הרדב"ז ח"א סי' ל' והביאו ה' כנה"ג בסי' ע"ח אות י"ב דחוב שאינו מבורר חזקה דלא פרע ונפרע מהיורשים וכ"כ הרדב"ז ח"ג סי' תקי"ז דחוב שאינו מבורר אפי' אביהם אינו נאמן לומ' החזרתי ואת"ל שאביהם נאמן אין טוענ' ליורש כן דמילתא דלא שכיחא היא עש"ב מיהו רש"י בפ"ק דמליעא גבי חייב אתה וכו' כ' וז"ל אינו נאמן לישבע אלא שכנגדו נשבע ונוטל וכו' וכן פסק הרמב"ם והסמ"ג ומרן בסי' קכ"ז בההי' דפ"ק דב"ב דנשבע בנק"ח ונוטל עי"ש וכן פסק הרמב"ם והסמ"ג ומרן בסימן קכ"ז גבי כותל דאם אמר נתתי אינו נאמן וחבירו נשבע בנק"ח שלא נתן לו ונוטל ע"ש ולכאורה נרא' כיון שהיא מחלוק' גובים יורשי המלוה מיורשי הלוה ולא אמרי' אין אמס"ל כמ"ש ה' פ"מ ח"ב סי' ק"ד וז"ל ולע"ד טעם לשבח בכ"ד שיטרפו יורשי שמעון הקרקע מיד לוי דהרי הבא לטרוף מן הלקוחות מדין תורה א"צ שבועה וכו' אלא תקנת חכמים שתקנו שבועת המשנה שהבא ליפרע מנכסי' משועבדי' לא יפרע אלא בשבועה וכולי א"כ אף שמת המלוה ואיכא פלוגתא אי שבועה כזו אדם מורישה לבניו או אין מורישה ראוי הוא שנפסוק דיד התקנה על התחתונה וא"כ בשביל שבועה זו אין ראוי לומר אין אמס"ל ויש דוגמא לזה בתשו' מהרשד"ם חח"מ סי' רמ"ג ע"ש וה"כ מדין תורה המלוה גובה מיורשי הלוה בלא שבועה ותקנת חכמים היא דהבא ליפרע מהיתומים לא יפרע אלא בשבועה כל דאיכא פלוגתא אמרי' יד התקנה על התחתונה ולא אמרי' מספק אין אמס"ל אבל הא ליתא שהרי כ' הרא"ש בתשו' כלל ע"א סי' ח' בנאמנות לגבי לקוחות כיון דפלוגת' דרבוות' לא מפקי' ממונא עד שישבע המלוה ע"ש וכן בפוגם שטרו בעדים ואפי' בפחות משו"פ קי"ל בסי' פ"ד ובא"ה סי' נ"ו דלא יפרע אלא בשבועה וכ"כ הרא"ש והר"ן הביאם מרן הב"י שם וה"ט דמספק אין מוציאין מהמוחזק אלא בשבועה ולא אמרי' כיון דתקנת חכמים היא מספק יד התקנה על התחתונה וא"כ ה"נ המלוה לא היה גובה מיורשי הלוה אלא בשבועה וכשמת אמרי' אין אמס"ל :

ושוב ראיתי לה' פרח מטה אהרן ח"א סי' י"א שהוכיח מהכא דאפי' בספק תקנה אין מוציאין מיד המוחזק עש"ב גם מהרח"ש ח"א סי' כ"ג הביא ראיה הפך מהרשד"ם מדברי הרשב"א בתשו' שכ' לענין אם הדבר ספק אם היה בן עשרים כשמכר על המוכר להביא ראיה משום דחזקה אין העדים חותמים אא"כ נעשה בגדול וכו' משמע דאי לאו הך חזקה מוציאין מיד הלוקח והריב"ש כ' דלא אמרי' הך חזקה אלא בעדים מוחזקים ובקיאים וכו' אבל כל שאינם מוחזקים מוציאין מיד הלוקח ואמאי נימא כיון שספק אם היה בן כ' וכו' דרבנן אמרי קולא לנתבע שהוא הלוקח אלא ודאי דה"כ מוקמי ארעא בחזקת מרא קמא ע"ש וא"כ ה"כ המלוה לא היה גובה מיורשי הלוה אלא בשבועה דמספק אין מוציאין אלא בשבועה וכשמת אמרי' אין אמס"ל ואף שסבועה קלישא ומאן דעבד כר"א עבד לא מקילי אלא לענין אם הממון מונח ביד ב"ד או ביד שליש כמ"ש התה"ד וה' פני משה שם אבל אין להוציא מיד המוחז' וכה"ג כ' ה' משפט צדק ח"ב סי' ע"ג וה' כנה"ג בתשו' סי' יו"ד בפוגם שטרו דיכול המוחזק לומר קי"ל וכן ראיתי למהרא"נ"ח ח"ב סי' מ"ח שכ' וז"ל ומ"מ כיון דפלוגת' היא אין לנו להוציא ממון במחלוקת הפוסקי' ואע"ג דענין שבועה זו קלישא והבו דלא לוסיף עלה ודיינא דעבד כר"א עבד מ"מ אין לנו כח להוציא ממון מיד המוחזק כיון דאיכא לספוקי וכו' ע"ש אבל לדברי ה' גנת ורדים חח"מ כלל ד' סי' ט' יש לגלד דבספק מוציאין מהיורשים עש"ב א"כ אף במקום שנוהגים לומר קי"ל נראה דאין להוציא ממון מיד המוחזק מספק וכ"ש לדידן דקי"ל כפסק הרמב"ם ומרן דהמלוה צריך לישבע דודאי כשמת אמרי' אין אמס"ל :

אבל יש להסתפק אם שבועה זו אפי' לא טען השבע לי או"ד כיון דחזקה דלא פרע חוב שאינו ברור דמי יימר וכו' א"צ הלה לישבע אא"כ טען לו השבע לי דלא גרע ממלוה בשטר וכה"ג כ' הרמב"ם גבי המפקיד אצל חבירו בשטר אין הנפקד נאמן לומ' החזרתי וישבע בעל השטר בנקיטת חפץ שלא החזיר לו וישלם וכ' המ"מ דה"ד אם טען הנפקד השבע לי כדין מלוה בשטר ורבי' קאר ככאן והביאו מרן הב"י סי' רצ"ה ע"ש וה"כ א"ל קאר ככאן ונשבע בנק"ח אם טען לו השבע לי קאמר דלא גרע ממלוה בשטר וכ"כ המ"מ על דברי הרמב"ם דאפי' במלוה בשטר אם אמר לו אשתבע לי דלא פרעתיך משתבע ליה ע"ש :

וראיתי להרב נחפה בכסף סימן י"ג שכתב דגם הרמב"ם לא כ' דצריך לישבע אלא כשחבירו חי וטוען ברי שפרעו אבל מהיורשי' גובה בלא שבועה וכה"ג כ' הרא"ש במת בתו"ז דגובה זה מהיורשי' בלא שבועה אבל מהלוה עצמו צריך שבועה עיין שם ואם כן ה"נ המלוה היה גובה מהיורשי' בלא שבועה ולא שייך אין אמס"ל אבל אין נ"ל כן שהרי כתב המ"מ ע"ד הרמב"ם דאפי' במלוה בשטר אם א"ל אשתבע לי דלא פרעתיך משתבע ליה ע"ש אלמא מדמי' ליה למלוה בשטר ומלוה בשטר אינו גובה מהיורשי' אלא בשבועה וכ"ש הכא ולכאור' יש לגלד במלוה ע"פ דבלא"ה היה הנתבע נשבע ונפטר מהני ה"ט דמי יימר דמחייבי ליה רבנן לשויה כמלוה בשטר לגבות בשבועה אבל גבי מלוה בשטר דבלא"ה היה גובה המלוה בשבועה אהני' הך חזקה דלא פרע מטעם דמי יימר וכו' לגבות אפי' בלא שבועה וכה"ג כ' הש"ך בסי' ע"א סק"ד וז"ל אך ק' על הרב דכאן פסק א"צ לישבע כלל ובריש סי"ו סתם כהמחבר וכו' ודוחק לומר דכאן איירי בשטר דוקא דכיון דקמסייע ליה שטרא א"צ לישבע אפי' לאחר הפירעון ועוד לענין לאחר פירעון דאין חי' בין מלוה בשטר למלוה ע"פ עכ"ל וא"כ בחזקה דהכא שהיה הנתבע נשבע ונפטר אהניא הך חזקה לשויה כמלוה בשטר לגבות המלוה בשטר אבל אין נראה לחלק כן מדברי מהר"י ן' מיגש הביאו בעל התרומות שער י"ו ח"ב סי' ג' וז"ל ולא תימא ה"מ הכא דאית ליה שטרא על אבוהון דיתמי אלא אפילו היכא דלית ליה שטרא נמי כיון דאיתי ליה סהדי דקביל עליה

זמן

זמן שקיל להו האי חוב מנייהו דיתמי בלא שבועה דכי איכא לפלוני בין מלוה בשטר ובין מלוה ע"פ ה"מ היכא דא"ל דילמא אי הוה אבוהון קיים הוה טעין ואמר פרעתיך כדקי"ל טוענין ליורשי' אבל הכא דאלו הוה אבוהון קיים לא הוה טעין הכי דהא לא עביד איניש דפרע בגו זימניה הילכך דין מלוה בשטר ומלוה ע"פ חדא מילתא היא וגובה לה מיניה בלא שבועה עכ"ל וכ"כ הרמ"ה שם וא"ת אימא דדוקא במלוה בשטר דבלא"ה היה גובה בשבועה מהניא הך חזקה דלא פרע בגו זמניה לגבות אפי' בלא שבועה אבל במלוה ע"פ דהיה הלוה נשבע ונפטר מהניא הך חזקה לעשותה כמלוה בשטר דגובה בשבועה ומהתם שמעי' דאין חילוק בין הלוה ליתומי' דהא בתו"ז אמרי' גבי יתומים דגובה מהם שלא בשבועה וכ' מהר"י ן' מיגש והרי"ף והרמב"ם למדו דה"ה מלוה עצמו גובה בלא שבועה וכ"כ בשה"ת שם וא"א מנ"ל הימא לא אמרי' הכי אלא לגבי יורשים דהוי טענת שמא אבל מלוה עצמו שטוען ברי אימא דצריך שבוע' אלא ודאי דהא בהא תליא דאם המלוה היה צריך שבועה ללוה ה"נ טוענו' ליורשיו להצריכן שבועה כמו בכל מלוה בשטר וא"כ בחוב שאינו מבורר דס"ל המלוה חייב שבועה ללוה ה"נ טוענ' ליורשיו להצריכו שבועה :

וכן מצאתי להרמ"ה בפ"ק דבתרא סי' כ' שכ' וז"ל וא"ת ק"ל והא תניא ר"פ שום היתומי' דאין נזקקין לנכסי יתומים ואפי' בעדים דאי הוה אבוהון קיים לא הוה מהימן למטען פרעתי מדאמ' ר"נ מרים לא הוה מזדקיקנא במאי עסיקי' אילימא באנפא דאי הוה אבוהון קיים הוה מהימן למטען פרעתי מכאן ואילך היכי מזדקקי' ליה ולית ליה לר"נ טוענים ליורש ואפי' מגדולים נמי לא מלי גבי אלא לאו באנפא דאי הוה אבוהון קיים לא הוה מהימן למיטען פרעתי ואפ"ה איפסיקא הילכת' דאין נזקקין וכו' ואם כן ה"נ אמרי נזקקין וכ"ת משום דחזקה לא עביד איניש דפרע בגו זמניה והא סוגיא דשמעת' דטעמא דמי יימר דמחייבי לי רבנן אלים ליה לגמ' טפי מהאי חזקה דהא אפי' לאביי ורבא דלית להו חזקה דר"ל היכא דלא ידע נתבע דמחייבי ליה רבנן מודו דלא מהימן למטען פרעתי ואפי' לאח"ז ואפ"ה אין נזקקין וכו' טעמא דאביי ורבא הוא דלית להו חזקה דר"ל ולא מתרצי להו קושי' דאקשי' עלייהו ממתני' אלא בהכי אליבא דהילכתא כיון דאיפסי' הילכתא כר"ל ואפי' למגבא מנייהו ממילא שמעינן דהאי אנפא דפרעתיך בתו"ז אלים ליה טפי לגמר' טפי מהנך אנפי דלא ידע נתבע דמחייבי ליה ב"ד דאילו הנך אפילו מיתומים לא גבו אלא בשבועה דלא עדיף ממלוה בשטר ואילו היכא דמת לוה בגו זמניה גבי מלוה בלא שבועה ומדאלמוה רבנן למגביה בלא שבועה ש"מ אפי' מיתומים קטני' נמי גבי חזקה זו וכו' עכ"ל הרי שכ' דלמאי דקי"ל כר"ל דוקא בתו"ז גובה מלוה בלא שבועה אבל בחוב שאינו ברור דלא ידע נתבע דמחייבו ליה רבנן אינו גוב' המלוה אפי' מיתומים אלא בשבועה ואין נזקקין ליתומים קטנים וכ"כ בפ' ג"פ סי' קל"ג ע"ש והתימא על הטור סי' קכ"ז שכת' בשם הרמ"ה דנוטל בלא שבועה דעפי הוי בחזקת שלא נתן מבתו"ז דגובה בלא שבועה עיין שם וכ"כ הרמ"ה שם בסי' ז' ע"ש דהרי הכא ס"ל דלמאי דקי"ל כר"ל חזקה דאינו פורע בתו"ז דגובה בלא שבוע' אלים טפי מהנך דלא ידע נתבע דמחייבו ליה ב"ד דבתו"ז גובה בלא שבו' אפי' מיתומי' קטני' אבל ידע נתבע דמחייבו ליה ב"ד אינו נוטל מיתומים גדולים אלא בשבועה ומיתומי' קטנים אין נזקקין וא"כ נראה שכן דעת הרמב"ם דאינו גובה אפילו מיורשים אלא בשבועה ומיורשים קטנים אינו גובה כלל דגרע מחזקה דאין אדם פורע בתוך זמן כמו שהוכיח הרמ"ה מפ' שום היתומים ועיין בס' דבר משה סי' י"ד שהק' רב א' בפ' שום היתומים דלא משני בחוב שאינו מבורר עש"ב מיהו א"ל דמילתא דלא שכיחא היא וכה"ג כ' הרשב"א בתשו' ח"ג סי' ר"א דאם יש ריוח ליתומים להתפשר עם ב"ח נזקקי' ובפ' שום היתומי' בעי לאוקמא בדבר המצוי ולא בדבר שאינו מצוי ע"ש אבל הרמ"ה שבר הכריח דהתם איירי בהכי ואפ"ה אין נזקקי' ומהרא"ש סי' רל"א נסתפק לדעת הרמב"ם אי טען שבר חייבוני רבנן או ביני לבינך נתרצית אם נאמן ע"ש וא"כ אם היה האב נאמן לומר נתרצית ביני לבינך ה"נ טוענ' ליורשים ואם האב לא היה נאמן אין טוענ' ליורשים או שמא אין טוענ' כן ליורשים דמילתא דלא שכיחא היא כמו שנסתפק ה' כנה"ג בסי' ע' אות ו' ע"ש אבל בדברי הרמ"ה מבואר דאביהם לא היה נאמן ומה"ט לא גבי מיתומים גדולים בשבועה ולא טעני' להו והרמ"ה בפרק ח"ה סי' כ"ז בההוא דאמר לחבריה מ"ב בהאי ארעא וכו' כ' וז"ל וליכא מיגו ליהמניה דא"כ טען החזרתי לך נמי לא מהימן דהא הוו דידיה אכלינהו ומימר אמר מי יימר דמחייבי ליה רבנן וכל כה"ג כפרעתיך בתו"ז דמי וכו' ע"ש וא"א דיכול לטעון חייבוני רבנן או ביני לבינך נתרצית יהא נאמן במגו דאי בעי אמר החזרתי לך והרמב"ם בספ"י מהל' גזילה כ' כל שמין לו ונוטל שטען בעל השדה ואמר נתתי והיורד לשדה אומר לא נטלתי היורד נאמן ונשבע שלא נתן לו כלום ונוטל שהרי אומרים לבעל השדה עדיין לא שמו לך ולא ידעת כמה אתה חייב ליתן היאך נתת וכו' וכ' המ"מ שלמד מההיא דפ"ק דבתרא ע"ש ואפ"ל שלמד נמי מפ' חזקת דאל"כ אמאי אינו נאמן לומ' שלי במגו דהחזרתי אלא ודאי דאינו נאמן לומר החזרתי וקצת תימא על הטור דבסי' קנ"ז כ' דברי הרמ"ה באחרונה הנוטל בלא שבועה ובסי' שע"ה כ' דצריך שבו' בלא חולק ע"ש ומ"מ משמ' מדברי הרמ"ה דאינו יכול לטעון חייבוני רבנן או ביני לבינך נתרצית דא"כ יהא נאמן במגו דהחזר' גם מהרא"ח ח"ב סי' ג' כ' וז"ל וכ"ת בכ"ד נמי אית לו מגו דאי בעי אמר פרעתיך וכו' הא ליתא דהכא נמי דלא מ"ל פרעתי כיון שדמי שווי החזקה לא היו קצובים ולא חוב ברור עד שיעמוד למשפט בפני דייני החזקות לחייב אותו ולהעריך שווי דמי החזקה וכו' וכענין שכתב הרמב"ם בדין יורד לשדה חבירו וכו' ע"ש נראה דס"ל דאינו נאמן לומר חייבוני רבנן או ביני לבינך נתרצ' מיהו י"ל דטענה זו גרועה ולא שכיחא ואם טען הוא נאמן אבל לענין מגו לא מהניא וכן לא טעני' לה ליורשים וכה"ג כ' מהרא"ח בתשו' שם סי' כ"א והכנה"ג בסי' ע"א גבי טענת מחילה ע"ש וא"כ אין ראיה מדברי הרמ"ה ומהרא"ח לספיקו של מהרא"ש ומכל מקום ליורשים מיהא אין טוענים טענה זו :

איברא שראיתי לה' כנה"ג ס"י סו' הגב"י אות ל"ו שכתב וז"ל דבשלמא כשהלוה בחיים וטען פרעתי' למלוה מהימני' ליה אבל כשמת לוה נהי דאמרן טעני' ליתמי להצריך שבוע' ללוקח ולמוכר אבל לא לענין שאם מת הלוה אח"ך יאבד זה הלוקח מעותיו וכו' כיון דלא שכיח שיפרע למלוה אחר מכירת השט' דומי' דשטר כיס היוצא על היתומים דלא טעני' נאמנו משום דלא שכיח מיהו בשטר כיס היוצא על היתומים לא טעני' להו הכי אפי' להצריך שבועה למלוה משום דלא שכיח אבל דשכיח ולא שכיח לענין להצריך שבועה למלוה טוענ' אבל לא לענין

שיכנים

שיכנס בסוג מת לוה בחיי מלוה וכו' ע"ש הרי דס"ל דאפי' בדבר דשכיח ולא שכיח דטעני' ליתמי לענין שצריך המלוה לישבע לא אמרי' אין אמש"ל וא"כאפי' נימא דשכיח ולא שכיח שיפרע אדם חוב שלא נתברר והמלוה היה צריך לישבע בחייו ליורשי הלוה כשמת לא אמרי' אין אמש"ל להפסיד היורשים מיהו ק' דא"כ בש"פ כל הנשבעין דפריך מברייתא ומוקי לה כב"ש אמאי לא מוקי לה בדבר דלא שכיח דצריך המלוה לישבע ולא אמרינן אין אמש"ל וכה"ג הק' התוס' בבתרא דקכ"ח בד"ה ובה"א וכו' ע"ש :

ומצאתי למהר"ס בתשו' הקצרות סי' קע"ב שכ' וז"ל דכל כה"ג שנהרג פתאום לא חיישי' לצררי וכן פי' ר"ש מינבילא גבי קו' שמק' על שנפל עליו ועל אשתו למ"ד לב"ה נכסי' בחזקת' ויחלקו והא אין אדם מש"ל ותי' היכא דמת פתאום לא אסיק אדעתיה להתפיס צררי אלא היכא שמת על מטתו כדרך כל הארץ בישוב דעתו וכל כה"ג הכו דלא לוסיף עלה על מילתא דרב ושמואל דאפי' את"ל דרב ושמואל איירי בכל ענין מדלא משני התם בפרק כל הנשבעין פרכא דפריך להו מיהו אנן לא קי"ל בהא כוותייהו דהא וכו' עכ"ל וכ"כ בתשו' השייכי לס' משפטים סי' ה' ע"ש ולפ"ז א"ל דה"כ רב ושמואל ס"ל דגם בדבר דלא שכיח ולא חיישי' לפירעון אמרי' אין אמש"ל דלא עדיף ממת פתאום דלא חיישי' להתפסת צררי ואפ"ה אמרי' אין אמש"ל ולדידהו דחקי' לאוקמי ברייתא כב"ש אבל אנן לא קיימא לן כוותייהו אבל התוספות שם בפרק מ"ש כתבו וזה לשונם אבל ליכא לשנויי כגון שייחד לה קרקע וכולי דפטורה משבועה כדאמרינן בריש אף על פי דאם כן כי מקשה מכמה ברייתות בפרק כל הנשבעין ופריך נמי מברייתא דמוקי כב"ש לישני לן כגון שיחד וכו' ובשם הר"ש שמעתי דלא שייך הכא טעמא דאין אמש"ל וכו' שהוא במת פתע פתאום ליכא למיחש להתפסת צררי וא"כ לר"י למה אין לחוש שתפסו מחיים וכו' עכ"ל וכבר ה' נתיבות משפט דקל"ד דס"ל דלא אמרו ייחד לה קרקע פטורה משבועה אלא בכתובה לפי שאינו עשוי להתפיס צררי אבל ב"ח צריך לישבע ואפ"ה לא אמרי' אמש"ל כיון שהוא מוחזק וא"כ מתני' דמשביעי' אותה ואת יורשיה א"ל בייחד לה קרקע דבנדוני' ובגל"ב דינם כב"ח דצריך לישבע וכן ברייתא דמוקי כב"ש א"ל בייחד לה קרקע דהאב צריך לישבע משום דחיישי' לצררי אבל הבן גובה בלא שבועה אלא ודאי דגם בכה"ג אין אמש"ל דיחוד לא מיקרי מוחזק אבל לתי' הר"ש לא ק"ל מההיא דפ' כל הנשבעי' משום דבמת פתאום לא חיישינן לצררי והיא גובה בלא שבועה ולא שייך אין אמש"ל וא"כ מתני' דהיורשי' משביעי' אותה ואת יורשיה לא מצי לאוקמה במת פתאום דא"כ אמאי משביעי' אותה מיהו מתני' דמוקמי' לה התם בנשבעה הומ"ל דמיירי בנות פתאום ע"ש אבל מהר"ס נראה דס"ל דבמת פתאום צריכין לישבע דלרב ושמואל אמרי' אין אמש"ל אבל אנן לא קי"ל כוותייהו אלא אע"ג דהיא צריכה לישבע לא אמרינן אין אמש"ל דהבו דלא לוסיף עלה ואפשר דגם התוס' לא הכריחו דיחוד לא מיקרי מוחזק ואמרי' אין אמש"ל אלא לרב ושמואל ומסתמא ר"י לא פליג עלייהו אבל לדידן יחוד נמי מיקרי מוחז' ולא שכיח שיתפיס צררי ומ"מ משמע מדברי התוס' דאפילו במילתא דלא שכיחא אמרי' אין אמש"ל ועוד דהא גבי שטעו שטרך בידי מ"ב טענה מעליא שלא לדחות הפירעון וכ"כ הרא"ש בריש בתרא סי' ע' וז"ל ולהכי נמי אמרי' טעמא משום צררי ולא משום פירעון דחשש פירעון אינו מספיק אלא לענין שבועה ולא לדחות הפירעון עד שיגלו משום דא"א דפרע אבוהון הוה מהדר ליה שטרא ולא חיישינן שמא יבאו עדים שפרע ויניח השטר בידו דמילתא דלא שכיחא היא ע"ש אלמא טענת פירעון בשטר לא שכיחא ולא טעני' לה לדחות הפירעון אלא לענין שצריך שבועה וכשהלוה חי א"ן המלוה לישבע אלא אם טוען הלוה השבע לי אפ"ה אם מת לוה ואח"ך המלוה אמרי' אין אמש"ל ול"ל משום חשש צררי דמילתא דשכיחא היא כשהמלוה נוגש ללוה מרוית לו הזמן ע"מ שיתן לו משכון כמ"ש שם הרא"ש ומה"ט הוא דאמרי' אם מת לוה ואח"ך מת מלוה אין אמש"ל דא"כ לאביי ורבא דאמרי דעביד איניש דפרע בגו זמניה וכ' הרא"ש שם דלא שכיח שיתפיס צררי בתו"ז אם מת לוה ואח"ך מלוה לא אמרי' אין אמש"ל דמילתא דלא שכיח' היא שיפרע ויניח השטר בידו או להתפיסו צררי בתו"ז ולא משמע הכי בס"פ כל הנשבעין עי"ש וכן מוכח מדברי מהר"ס בתשו' הקצרות סי' כ"ג והובא בתשו' המיי' דשייכי לס' משפטים סי' מ"ג וז"ל וזה א"ל אמאי לא מוקי מתני' וכן היתומים לעולם מלוה וכגון דא"ל בחיי אבוהון אשתבע לי דלא פרעתיך ולא הספיק לישבע עד שמת דהשתא יתומים צריכים לישבע וליטול כיון דאביהם נתחייב שבועה דהא ודאי ל"מ לאוקומי בהכי לרב ושמואל משום דאין אדם מוריש וכו' עכ"ל אלמא אע"ג דהלוה טעין טענת פירעון כיון שנתחייב המלוה שבועה אמרי' אין אמש"ל וטענת פירעון בשטר נמי מהגיא טענה זו דשטרך בידי מ"ב שלא לדחות הפירעון לגבי היורשי' אמרי' אין אמש"ל ואין גובי' בו כיון שאביהם נתחייב שבועה וכן ביתומי' מן היתומים :

ל"א וכן אם קדמו יורשי המלוה ותפסו וכו' אפי' בעדים דליכא מגו הוי תפיסה וכ"כ הריטב"א בחי' לשבועות ע"ש והרדב"ז ח"א סי' קע"ז וסי' רכ"ג כ' באלמנה שמתה דעל יורשיה להביא ראיה שנשבעה ואם טענו ברי שנשבעה ויש להם מגו שיכולים לומר לא ירשנו נאמנים אבל אם יש עדים שירשו אלו הנכסי' ממנה או שהם קרקעות ליכא מגו וא"ת אפי' יש עדים יהיו נאמנים במגו דאי בעו אומרים החזרנו הנכסי' ליורשי הבעל ואפי' ראו אותם עתה בידם ליהמנו במגו דאי בעו אמרי חזרנו ולקחנו אותם מידם הא ל"ק כיון שהם אומרים שנשבעה וזכו בתורת ירושה אין אדם מחזיר או חוזר וקונה מה שהוא שלו לפי דעתו ע"ש ואיברא דמהר"ס בתשו' הקצרות סי' פ"ח כ' דאפי' תפס מוליאן מידו מיהו דוקא אם תפס בכח ב"ד כדאמרי' האי דיינא דעבד כר"א עבד וכו' ע"ש אבל מדברי הרדב"ז סי' רכ"ג משמע בודאי דאפילו הגבו לה ב"ד אם לא נשבעה מוליאין מהיורשי' וכבר ה' כנה"ג בהגב"י אות ל"ב כת' דבמלוה ולוה תפסת היורשים תפיסה מעליא לכ"ע אפ"י אין להם מגו לא אמרי' אין אמש"ל להחזיק אבל באלמנה שתפיסת' בנכסי בעלה אינה תפיסה דבעינן שיהא לה מגו עש"ב ומה שכתב הרדב"ז דאפי' ראו עתה בידם ליהמנו במגו דאי בעו אמרי חזרנו ולקחנו אותם וכו' ועיין במהרש"ך סי' פ"ז שנסתפק אם יכול לטעון אמת שגזלתי ממך אבל החזרתיו לך ואח"כ לקחתיו ממך וכבר הוכחתי בסי' ע"ה דין י"ג מדברי הפוסקי' דאם יש עדים וראו עתה בידו אינו נאמן לומר חזרתי ולקחתיו ממך עש"ב

ל"ב וכן אם קדמו יורשי המלוה ותפסו וכו' אפילו בעדים דליכא מגו הוי תפיסה וכ"כ הריטב"א בחי' לשבועות עיי"ש וכא"ה סימן ל"ו גבי אלמנה שלא נשבעה על כתובתה כ' מהר"ס וז"ל י"א הא דאין יורשיה יורשין כתובתה בדלא תפסה דמספק אין מוליאין מיד היורשי'

שמא

שמא נתפרעה אבל אם תפסה יורשיה יורשים כתובתה וכו' ויש חולקין וכת' הש"ך בספר תקפו כהן סימן ק"ד דסביר' ליה דבפלוגת' דרבוות' מהני תפיס' דשאני הכא דכיון דהתפסה בחייה השיבא לגבי יורשים טענת ברי כדקי"ל בח"מ סוף סימן ע"ה דא"ל אבא שאתה חייב לי מנה או מצאתי בפנקס שאתה חייב לו מנה הוה ליה טענת ברי ומשביעין אותו על פה והכא נמי כיון דתפסה בחייה לא גרע ממצאו כתוב בפנקסו ועוד דטענת ברי לא מהני' לענין זה ועוד אם תפסו יורשיה אחר מיתה פשיטא דיש חולקים דלא מהניא תפיסה ובח"מ גבי מת לוה בחיי מלו' וקדמו יורשי המלוה ותפסו כ' בסתם דאין מוציאין מידם ואין לחלק בין כתובה למלוה כדמוכח בהדיא בפרק כל הנשבעים וכל הפוסקים דחד דינא אית להו וא"כ הוה ליה למור"ם להזכיר בח"מ דיש חולקים אלא ודאי סביר' ליה כיון דפלוגתא דרבוותא היא אין מוציאין מיד התופ' ולכך בא"ה שלא כתב הש"ע כלום הביא ה' ב' הדעות אבל בח"מ שכתב הש"ע הדין בסתם הניחו דבר זה עיין שם והנה מ"ש דכיון דתפס' מחיים חשיבא טענת ברי לגבי יורשיה כדקיי"ל בח"מ דא"ל אבא או מצאתי בפנקסו שאתה חייב לו הוי טענת ברי לא דק דמרן כתב י"א דפטור משבו' ויש אומרי' דחייב לישבע ובכל פלוגת' דרבוות' בחיוב שבו' אין משביעין למוחזק מספק כמו שכתבו התוספות בשבועות דף מ"א בד"ה מאן וכו' וכן כתבו האחרונים הביאם הש"ך עצמו בסימן פ"ז סק"י ובספר תקפו כהן סימן קכ"ז ע"ש וה"נ בא"ל אבא כיון דפלוגתא דרבוותא אי חשיבא טענת ברי ומשביעים אי לא אין משביעין אותו מספק וכ"ש דרוב הפוסקים סבירא להו כהרמב"ם גם הראב"ד דסבירא ליה דחשיב טענת ברי היינו דוקא לענין שבועה דכל שאינו שמא גמור משביעין עליה אבל לענין ממון מיקרי טענת שמא ומהרש"ך ח"ב סימן ב' כתב באחד שתפס ממון חבירו שאמר לו אביו שהוא חייב לו ואחר כך מת אביו כתב שאין יכול ראובן לעכב ולתפוס ממון באותה טענה שטוען שאביו א"ל שמעון היה חייב לו דפשיטא דהטוען ע"א שאביו א"ל שיש לו אצלך מנה דהוי טענת ספק ואין הנתבע נשבע כמו שכ' הרמב"ם ואף שהראב"ד חולק כבר הסכי' המ"מ לס' הרמב"ם וכן דעת הרמ"ה והרמב"ן עיין שם ונראה דסביר"ל דלדעת הראב"ד א"ל אבא הוי טענת ברי תפיסתו תפיסה (א"ה עכ"מ) :

ל"ג הג"ה וי"א דאם הערב הוא היורש בעצמו גובה ממנו ואם אין שם יורש אלא הוא גובים יורשי המלוה ממנו כל החוב ואם יש יורשים אחרים ואינם ערבים גובים יורשי המלוה מבן המלוה הערב מה שנוגע לחלקו בירושה אבל חלק הנוגע לאחר אינו גובה אפי' בשבו' וכן השיגו הרב כנה"ג בתשובות ח"א ומהר"א קופינו שם מסימן ס"ה לסימן ע' עש"ב '

ל"ד דין י"ב גובה בלא שבועה וכו' בשטר משכונה שהיא מוחזקת ביד המלוה והודה המלו' שפרע מקצתו ואח"ך מת המלוה נראה דאין יורשי המלוה גובים מיורשי הלוה אלא בשבועה כמ"ש הרשב"א בתשו' במלוה על המשכון מטלטלין וכ' ה' גדולי תרומה בשער י"ד ח"ג דס"ל דכיון דמת שמעון בחיי ראובן דחיי' ראובן שני שבועות הא' שהיה חייב גם לשמעון בחייו ככל תובע על משכון שאינו נוטל אלא בשבועה והב' משום שבא ליפרע מנכסי יתומים עכשיו שמת ראובן מועלת החזקה ליורשים שלא נדון להם דין אין אמש"ל הבא מכח ב' שבו' אבל לפטרם גם משבועת היורשי' לא אלימא חזקה וכ"כ ע"ש וה"נ שיש עליו ב' שבועו' שהיה חייב גם בחיי הלוה לישבע ככל פוגם שטרו שאינו נוטל אלא בשבועה והב' מי שבא ליפרע מנכסי יתומי' עכשיו שמת אין לפטור יורשיו משבוע' היורשים :

ל"ה גובה בלא שבו' וכו' כ"כ הריב"ש בסי' ע"ח דגוב' בלא שבועה ורא"ה מפ' אע"פ ייחד לה ארעא בחד מלרב' גובה בלא שבועה ועיין בהש"ך שכ' דברי בעל העיטור דגבי כתובה שאני משום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים אבל ב"ח בשבועה וכ"כ הרא"ש בפ' אע"פ בשם הראב"ד והר' יונה ע"ש הטעם ודברי הראב"ד בסי' תמ"ד סי' רל"ח והרמב"ן בס' הזכות סי' כ"ח השכים עמו דיחוד מטלטלי' או קרקע לא מהני לפטור ב"ח משבועה ע"ש ונראה דלכ"ע יחוד מהני לכתובת אשה אפי' הנדונית שהכניס' לו דהוי כחוב גובה בלא שבועה אבל ב"ח אפי' עשה לו אפותיקי מפורש לא יגבה אלא בשבועה כיון דהלו' היה יכול לסלקו בזוזי וכמ"ש בסי' קי"ז ע"ש ונראה דגם הראב"ד והרמב"ן דס"ל דייחוד מטלטלי' לא מהני מודו במשכון משום דב"ח קונה משכון (א"ה עכ"מ) :

ל"ו גובה בלא שבועה וכו' הש"ך השיג דצריך שבועה אלא דמ"מ אין אומרים אין אדם מוריש שבועה לבניו דלא אמרי' כן אלא לאוציא ממון ולא כשהוא מוחזק וכיון שיש בידו משכון מיקרי מוחזק עש"ב ועיין בב"י סי' ע"ג שכן דעת הרמב"ם במלוה על המשכון דנשב' בנק"ח ונוטל ואפי' מתו המלו' והלו' ומת הלו' תחיל' ואח"ך מת המלוה לא הפקיד חובו מפני שהוא על המשכון ולא אמרי' אין אמש"ל כיון דהוי להחזיק מיהו ק' דא"כ אמאי לא מוקמי' מתני' וכן היתומי' לא יפרעו אלא בשבוע' לעולם מלוה וכגון במשכון דאב אינו נאמן אלא בשבועה וה"נ יורשיו לא יפרעו אלא בשבועה ולא אמרי' אין אמש"ל כיון שהם מוחזקי' במשכון ועיין בתשו' ומהר"ם בתשו' המיי' דשייכי לס' משפטים סי' מ"ג הק' אמאי לא מוקי לה כגון דא"ל בחיי אביהם השבע לי דלא פרעתיך ולא הספיק לישבע עד שמת דהיתומים צריכים לישבע כיון שאביהם נתחייב שבועה ותי' דלא מצי לאוקומי הכי לרב ושמואל משום דאין אמש"ל ע"ש ומדברי הריב"ש סי' ע"א שכ' וז"ל ועוד דהא ר"ת פליג עלייהו ר"א התם ואמ' יורשי' נשבעים שבו' היורשי' ונוטלי' ואסי' תלמוד' התם דדייני' דעבד כר"ת עבד כר"א עבד אלא דלכתחי' דייני' כרב ושמואל ובנדון זה שיורשי המלוה מוחזקים בחצר הממושכנת בידם ואפי' לכתחי' מגבי' להו החצר ע"ש משמ' דלרב ושמואל אמרינן אין אמש"ל אפי' היו מוחזקים אלא משום דהכן עבדי' כר"א בדיעבד גיבים מהמוחזק א"כ י"ל דלכך לא מוקמינן לה בהכי משום רב ושמואל דס"ל אין אמש"ל בכל ענין אבל מדברי התוס' בבתרא דקנ"ח בד"ה וכה"א וכו' וז"ל וק' לר"י למ"ד בחזק' יורשי הבעל ל"ל טעמא דחזקתן ת"ל וכו' שהיא צריכה שבו' ואין אמש"ל וכו' ר"י מסתמ' לא פליג אדרב ושמואל וכו' אבל י"ל כיון שהיו מוחזקי' בממון שבו' כזו יכול להורישה לבניו ע"ש משמע דאפי' לרב ושמו' לא אמרי' אין אמש"ל כשהיא מוחזקת וכ"כ הרשב"א סי' התקל"ט והרא"ש כלל פ"ו סי' ד' ע"ש ועיין בתשובות מהר"ם אלשקר סי' ל"ג ושאר אחרונים שכ' דלא הוי להחזי' אלא דוקא אם תפסו מטלטלי' שאין ידועים לבעל אבל במטלטלין ידועים לבעל לא הוי תפיסה דהו"ל כמטלטלין העשוים להשאיל ולהשכיר ולא מיקרי להחזיק אלא להוציא והיינו דרב ושמואל דאין אמש"ל וה' פ"מ ח"א סימן ע"ב דף קע"ו נמגם בזה דנהי דאליבא דר"ם דאין אמש"ל כיון דלאו חזק' מעלייתא היא מיקרי להוציא ולהוצי' אאמש"ל אבל ר"ת ס"ל דאפי' להוציא היורשים נשבעין שבו' היורשי' ונטלים

ונוטלים ואמרינן דדיינא דעבד כר"א עבד וה"נ תפיסתן עיקר להחזיק ע"ש וא"כ נראה דהריב"ש אינו חולק על התוס' והרשב"א והרא"ש דרב ושמואל נמי לא אמרו אין אמ"ל בלהחזיק מיהו ה"ד במטלטלין שאינן ידועי' לבעלי' אבל כשהם ידועים לבעלים מיקרי להוציא ואין אמ"ל אבל לדידן דעבד כר"א עבד ה"נ תפיסתן במטלטלין אפי' הידועי' לבעלי' מיקרי להחזיק והריב"ש איירי בחלר הממושכנ' בידם והדבר ידוע דבמשכנת' אתא ליד מורישם וכ"כ הר' פ"מ סי' י"ג חי' זה לדעת הרשב"א ע"ש וא"כ אכתי ק' אמאי לא מוקי מתני' דיתומים לא יפרעו אלא בשבועה לעולם מלוה וכגון במשכון שאינו ידו' לבעלים דמיקרי להחזיק ולכ"ע לא אמרי' אין אמ"ל ומהר"ס בתשו' המיי' דשייכי לס' משפטים סי' ל"ב והובא במרדכי בפ' חזקת מבואר דס"ל דאפי' לרב ושמואל לא אמרי' אין אמ"ל בממון שהוא מוחזק ואע"פ שהיה המורים חייב שבו' עליו היורשי' יורשים אותו ופטורים משבו' ע"ש ועיין בתשו' הקלרות סי' קע"ב וראיתי למהר"י ן' מיגש בתשו' סימן ר"ה באשה שמתה ולא נשבעה על כתובתה ומה שהניח היו ביד יורשיה' כ' וז"ל ומה שלא נמצא עליו עדות שהוא מאותם הנכסי' של הנשואי' וגם אינו קנוי במעות הנדוני' שלא היתה יכולה בחייה לגבות אלא בשבו' הואיל ונפטרה ולא נשבעה אין היורשים יכולים לגבות לפי שאין אמ"ל ע"ש מבוא' דס"ל דאע"ג דהנכסים היו ביד יורשיהם מוליאין מידם כדעת הנך רבוותא דתפיסת האשה ויורשיה במטלטלין הידועים לבעל לא מהני ועיין בתשו' מהר"י באסן במהרימ"ט חח"מ סי' ע' שכ' דאם המלוה בחייו תפס מנכסי הלוה לכ"ע לא אמרי' אין אמ"ל ומהרימ"ט חלק עליו דאם יש עדים וראה דליכא מגו לא מהניא תפיסה לגבי יורשים עש"ב ואם כן קשה אמאי לא מוקי מתניתין דיתומים לא יפר' אלא בשבועה בהכי :

וראיתי להמבי"ט ח"א סי' רע"ד שכ' וז"ל אבל אחר שנשאת היא אח"ך ומתה נראה שאין היורשים יכולים לתבוע תשלום כתובתה זולת מה שכבר החזיקה חפצים ותכשיטין ונשאת בהם ומתה אמרי' דאדם מורים שבועה לבניו כמ"ש המרדכי בפ' כל הנשבעי' כ"א וא"כ ישבעו היורשי' שאין יודעים שנפרעה כתובת' וכו' ובמוחזק מיהו נראה דכ"ע מודו אע"פ שלא הביאו אלא המרדכי הרי הביא ראיה משטר כיס היולא על היתומים וכולי וכ"ל ראיה גם כן ממאי דאסיק דעבד כמר עבד וכו' ואם עבר הדיין והשביע יורשי המלוה וגבו אין מוליאין מידם וכיון דבדיעבד אם גבו מה שלא היה מוחזק בו בשבועה אין מוליאין מידו ה"נ כשהיה כבר מוחזק ישבע לכתחי' ובכ"ד ישבעו היורשי' על מה שמוחזק וכו' עכ"ל ותמהני עליו שכ' שלא הביא דין זה אלא המרדכי דהרי הרא"ש ג"כ בתשו' כלל פ"ו סי' ד' הוכיח כן אפי' אביהם לא היה נאמן אלא בשבועה היורשים מחזיקים בלא שבועה וכ"כ רב פלטי גאון ור' מאיר ע"ש :

ל"ז דין י"ד הפוגם שטרו ומת וכו' כ' מהריב"ל חלק ראשון סי' ק"ז על ראובן ושמעון שנתנו בחברת שניהם מעות לגוי א' בהגאה ומת שמעון ותבע ראובן ליתמי שמעון ויתמי שמעון טענו דחוב זה של אביהם שכך כתוב על שם אביהם ואף אם היה אביה' חי אינו מחייבו רק שבועה ועתה שמת אביהם אין לריך הם שבועה בפרק כל הנשבעין אמרינן הפוגם את שטרו ומת יורשיו נשבעי' שבוע' היורשי' ונוטלי' אלמא לא אמרי' אין אמ"ל אלא דוקא כשבאים לגבות מן היתומים אבל בניו של הפוגם שטרו כשבאים לגבות מן הלוה לא אמרי' אין אמ"ל ומוליאין מהלוה וכ"ד כ"ש הוא שבא ראובן לגבות מיתומי שמעון מטעמא אין אמ"ל דאם להחזיק ממון שביד הלוה לא אמרי' אין אמ"ל כיון שלא היו יתומי' כל שכן שלא יולא ראובן התובע ממון מיתומים מטעם אין אמ"ל ע"ש וליתא שהרי כ' התוס' בשבועות דמ"ז בד"ה מתוך וכו' וז"ל ור"ת פי' בס' הישר דהילכת' כר"נ דאמר יחלקו כששניהם חשודים וכו' ור"נ נמי ס"ל כר' אבא בנסכא ובחמשין לא ידענא מתוך שאל"מ וכ"ש נמי דהול"ל כשהתובע חייב שבועה דמפסיד אלא משום דשבו' התוב' לא הוי אלא מדרבנן ואין מפסיד ואין משל' כשאין יכול לישבע אלא במחוייב שבועה דאורייתא ולהכי ביתומים מן היתומים ומת לוה בחיי מלוה או בפוג' שטרו דהוי שבו' דרבנן נשבעין שבו' היורשים ונוטלים ולא מפסיד' וכו' ע"ש וכ"כ בעה"ת ש' י"ט ח"א בשם הרמב"ן וז"ל אבל האי כי אתי מעיקר' להעיד על שטרו שהוא פרוע ועד אחד מעיד שהוא פרו' לא מחייב שבו' דאורי' אלא שבו' התקנה דק"ל שבו' דרבנן דהיכא דל"מ לאשתבועי שקיל בלא שבו' דהא איפסיקא בגמרא הבו דלא לוסיף עלה דרב ושמואל וכו' ע"ש וא"כ דוקא פוגם שטרו או ע"א מעיד שהוא פרו' כיון דאינו חייב אלא שבו' דרבנן אם אינו יכול לישב' נוטל בלא שבו' אבל בעד א' שהוא חייב דהלוה חייב שבועה דאורייתא דאמרינן מתוך שאינו יל"מ א"ל דהמלו' גוב' מיורשי הלוה :

ל"ח דין י"ד או מהלקוחות וכולי כתב הריטב"א בחי' בפרק כל הנשבעין וז"ל י"א דהא דקתני מנכסים משועבדים קך מתפ' לרב ושמואל שהיו שם נכסים בני חורין בחיי אביהם ולאחר מותו נעשו משועבדים דאי לא הא לא נתחייב אביהם שבו' ללקוחות ואין אמ"ל ויפסידו כדרך שאמרו ביתומים מן היתומים ורבינו הרמב"ן אומר דא"א להא אף לדידן נמי אליבא דהילכתא הו"ל לדון כן ולא אמרינן בהא הבו דלא לוסיף עלה דנכסים משועבדים כנכסי יתומים הם בזה שבכ"מ חשו חכמים לתקון נכסים משועבדים יותר מנכסי יתומי' אבל א"ל כן אפי' לר"ום אלא כשעמד אביהם בחייו בדין עם הלוה שלו ולא מלא לו נכסים ב"ח והולרך להבוע על פה בית דין לנכסים משועבדים אחר שעשה לו הלוה דין דהשתא ודאי נתחייב המלוה שבו' בנכסי' משועבדים ואם מת אינו מורישה לבניו ויפסידו אבל כל שלא עמד בדין בחייו עם הלקוחות לא אמרינן בהא שנתחייב שבו' על הלקוחות דבשלמא ביתומים כרעא דאבוהון אינון דקי"ל אע"ג דלא עמד בדין עמהם ולא עם הלוה שלו מיד במת הלוה נתחייב שבו' לבניו דלאו ב"ד מחייבי' ליה כדאמר ר"ל בגמ' אבל לקוחות אינו כן שאין לו שום גוביינא עליהם עד שיעמוד בדין בלוה בנכסים ב"ח ויתנו לו ב"ד רשות לתבו' נכסים משועבדים עכ"ל מבואר די"א ס"ל דלדידן דלא קי"ל כרב ושמואל אלא ביתומים מן היתומי' ה"נ אפילו היו נכסים משועבדים בחיי אביהם ומת בחיי הלוה לא יפסידו יורשי המלוה דלא אמרינן אין אמ"ל אבל הרמב"ן סבירא ליה כיון דנתחייב המלוה בחייו שבו' ללקוחות אפילו מת בחיי לוה אמרינן אין אמ"ל דחכמים עשו לתקנת הלקוחות טפי מיתומים מיהו ה"ד כשעמד המלוה בחייו בדין עם הלקוחות דנתחייב להם שבו' אבל כל שלא עמד בדין עם הלקוחות לכ"ע לא אמרינן אין אמ"ל משום דאין לו גוביינא עליהם עד שיעמוד בדין ובחי' הרמב"ן שם יש ט"ס ע"ש וכ"כ רבי' ירוחם נתיב כ"ו חלק ב' בשם הרמב"ן ושכן הסכימו גדולי האחרונים והביאו הסמ"ע ס"ק ל' וכתב עליו ולא חש למשמעות הגמר'

הגמ' דמשמע מינה דאין לחלק בין עמד בדין או לא ע"ש וליתא דדוקא גבי לקוחות הוא דמחלק כן אבל בפוגם את שטרו ומת וכל הנך דגבי יורשי' אין חי' עמד בדין או' לא כמשמעות הגמ' וכ"כ מהר"י ן' מיגש בתשו' סי' ס"ד בפוגם שטרו אפילו אחר שחייבו אותו בב"ד שבו' ולא נשבע ומת לא יפסידו יורשיו ושוב ראיתי לה' פנים מאירות ח"א סימן כ"א דהביא דברי בעה"ת שער י"ד ח"ד שהביא תשו' הר' משה בר יוסף וז"ל אבל לקוחות לא מיבעי' בחיי לוה דמחייבי' ולא גמרי' להו מדין יתומי' שהרי מלינו מקום שחמיר בו דין יתומים מדין לקוחות בשטר שיש בו נאמנות וכולי אפילו לאחר מיתת הלוה חייב ולא אמרינן בהו אטו לקוחות לאו בתר יתמי אזלי מאחר דלית להו נכסי וכו' ליתמי וכו' ע"ש מבואר דס"ל דיורשי המלוה גובי' מלקוחות אפילו היו משועבדים בחיי אביהם ומת בחיי הלוה דהיה חייב אביהם שבו' ללקוחו' דלא אמרינן אין אמש"ל אלא ביתומים מן היתומים ולא מלקוחות אבל אם מת לוה בחיי מלוה דנתחייב המלוה שבו' ליורשי הלוה דאמרינן אין אדם מוריש שבו' לבניו אם הי' להם נכסים אין יורשי המלוה גובי' אפי' מלקוחו' משום דאטו לקוחות לאו בתר יתמי אזלי ואם מחייבי הלקוחו' ליתומי' אין מחייבי' אבל אם אין להם נכסים גובי' יורשי המלוה מלקוחות כיון שאין לקוחות חוזרים על היורשים דאין להם נכסים ועיין במהרימ"ט סי' יו"ד מיהו מ"ש שהרי מלינו שחמורים דין יתומים מדין לקוחות בשטר שאין בו נאמנות וכו' ק' שהרי כ' בעה"ת בש"א ח"ה סי' ג' וז"ל וכ' הרמב"ן אבל דברי הגאונים פה אחד שאין הנאמנות מועיל לגבי הלקוחות וכו' הבא שאול חולק על משנתנו לומר שאין נאמנות מועיל ליתומים לעקור תקנת חכמים שאמרו הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרעו אלא בשבו' ואין ספק וכי היכי דלא מהימני לי' להבא שאול שיש נאמנות נגבות מיתומים כך י"ל בלקוחות אבל מה אעשה שהרי אמרו חכמים יבא ליפר' מהם לא יפרע אלא בשבו' כשם שאמרו ביתומים וכולי עיין שם אלמא לקוחות כיתומים ואין נאמנות מועיל גם כ"ש לדעת הרי"ף והרמב"ם דמועיל נאמנו' מפורש לגבי יורשי' ולא לגבי לקוחות ונראה דהר"ם בר יוסף סבירא ליה דלהבא שאול מודה בלקוחות דנאמנות מועיל ולא פליג ביורשי' דלקוחות הם הפסידו עצמם שלא היה להם לקנות בנכסים משועבדים וז"ל הריב"ש הבא בש"מ בפ' הכותב ימי שאמר כהבא שאול ל"פ אלא ביורשים אבל בלקוחות מודה לא אמר כלום דאטו וכולי ע"ש ובודאי שזה דעת הר"ם בר יוסף אבל כל הפוסקים חולקים וס"ל דביורשים קאמר וכ"ש בלקוחות וא"כ לא מלינו שיפה כח יתומים מן הלקוחות והתוס' סוף בתרא בד"ה לא וכולי כ' וז"ל סברו בתחילה שחמורים דין יתומים מדין לקוחות דגובה מהם עפי מהגובה מיתומים ומסקנת' שם בדמ"ב בד"ה מלוה וכו' ובקמא דף י"א בד"ה כגון וכו' דלקוחות כדין יתומים עש"ב אבל הרשב"א בתשו' סימן תתק"ד כ' ואע"ג דקיימא לן אין בעל חוב גובה מלקוחו' משטלטלי' בהם אפותיקי היינו משום דליכא קלא וחששו לתקנת הלקוחות אבל לגבי יורשים קלא לא מעלה ולא מוריד וגובה מהם מדינא והביאו מרן הב"י סימן ק"ד עיין שם הרי דס"ל דחששו לתקנת הלקוחות עפי מהיורשי' וזה דעת הרמב"ן שכ' דבש"מ חשו חכמים לתקן נכסי' משועבדים יותר מנכסי יתומים וא"כ כיון שחששו לנכסי היורשים דאם מת לוה ואח"ך מלוה דאמרי' אין אמש"ל כ"ש דאמרינן הכי לגבי לקוחות:

וכתב עוד ה' פנים מאירות שם וכר מן דין י"ל דהא דקאמר בש"ס אטו ב"ד מחייבים ליה שבועה מעיקרא דשכיב לוה איחייב ליה מלוה לבני לוה שבועה משום דגבי יתומים אף אם אינו טוען אשתבע ליה רמו חכמי המשנה עליה שבועה משא"כ אם מת מלוה בחיי לוה דלא היה חייב שבועה אלא בב"ד אם היה טוען אשתבע לי וכל זמן שלא טען בב"ד כן לא מחייב שבועה ולכך יורשיו נשבעין שבועת יורשי' ונוטלי' וא"כ פוגם שטרו ולוה מוטען פרעתי אפי' אם לא טען אשתבע לי רמו רבנן עליה שבועה וכו' וכן הנפ"ע שלא בפניו אף אם מת מלוה בחיי לוה מיד נתחייב לבני לוה שבועה ואין א"ס מש"ל משא"כ בלקוחות דאם מת מלוה בחיי לוה י"ל דלא נתחייב לו שבועה עד דטעין לוה אישתבע לי דכל זמן שלא טען אי כמלא בני חורין הוה גובה בלא שבועה וא"כ אין זה בכלל אין אמש"ל אלא אם עמד בדין ונתחייב שבועה הוי בכלל אין אמש"ל וכו' עש"ב מבואר דס"ל דאם עמדו הלוה והמלוה בב"ד וחייבו ב"ד שבועה למלוה ואח"ך מת אין יורשי המלוה גובים דגבי לקיחו' נמי א"ל לישבע אלא אם טען אישתבע לי אם עמד בדין ונתחייב שבועה ומת אינו טורף מיקרי ודבריו תמוהים דשבועת המלוה לטרוף מהלקוחות שבועת המשנה היא כדתנן בפ' הכותב מנכסי' משועבדים לא תפרע אלא בשבועה ופירש"י משום דאם בא לגבות מהלוה עצמו והיה טוען לו השתבע לי צריך לישבע ולכך אנו טוענין בשביל לקוחות דילמא אם היה גובה מהלוה היה טוען לו השתבע לי וכו' ע"ש ועיין בהסמ"ע סי' ק"ד סקי"ח דכל גבי לוה ומלוה אפי' עמד בדין ונתחייב שבועה ומת לא אמרי' אין אמש"ל כמ"ש לעיל בדין ה' ע"ש:

ט"ל דין ט"ז יורש קטן וכו' יתומים גדולים שהוציאו שטר מקויים והלוה הוציא עליו שובר ואין עדים לקיים השובר לכאורה נראה דאין טוענין בשביל היורשים מזויף וגובי' בשטר דאע"ג דקי"ל טוענים ליורשי' מזויף ה"ד להחזיק בשלהם ולא להוציא מה ריש וכן מצאתי להרשב"א בחי' לגיטין ד"ט על מה שדקדק ר"י ממתני' דאין טוענ' ליתומי' וללקוחות מזויף שכ' וז"ל ומה שדקדקו רבי' ממתני' דהכא אינה ראיה דבאני הכא וכו' דלא מגבי' מניה דבעל מודי' אלא להפקיעי ממונא ובמא בהפרעת ממון לא מדרבי' לקיומי אלא אם בא בטענת ברי ומאן דמפיק תברא אשטרא דיתמי אע"ג דלא נתקיים בחותמיו לא מגבי' ביה בשטרא מינה לא קרעי' ליה וכו' והוא שטרא דיתמי דנפיק עליה תברא ואמר רבינא עלה דמקרע קרעי' ליה דאחזוקי שזדי בשקרי לא מחזקי' איירי במקויים וכן פי' ר"ת ע"ש הרי בהדיא דאין טוענים במא מזויף השובר להוציא ממון וכתבו' הרשב"א סי' אלף קצ"א קיים דבריו עיין שם אבל הסמ"ג עשין צ"ד והגמ"י פ"ז מהל' מלוה כ' וז"ל ופי' ר"ח שזה השובר היה מקויים בהנפק דאל"כ היינו טוענ' בשביל היתומי' מזויף עיין שם משמע להדיא דאם לא נתקיים השובר גובין בשטר דטוענ' ליתומי' מזויי' אפי' להוצי' והכנה"ג סי' ק"ח אות מ"ד כ' וכבר כ' מהרשד"ם סי' רל"ג ורל"ד דאע"ג דאין טוענ' ליורשי' אלא להחזיק ולא להוציא מ"מ בשטר מיקרי להחזיק והביאו. ג"כ ה' הגמ' סי' פ"ב אות כ"ח וה"נ אפי' שובר בידו טוענ' בשביל היורשי' מזויי' השוב' להחזי' השט' א"כ ביתומי' קטנים אפי' היה השובר מקויים אין קורעים את השטר ואין מגבין בו אבל אם אין השובר מקויים לדעת ר"ח גובי' בשטר משום דטענ' להו מזויף ולדעת הרשב"א אין קורעין את השטר ואין מגבי' בו וכן לכון מרן שכ' ואפי' נתקיים

מתקיים השובר בחותמיו וכו' משמע דעיק' דבריו בלא נתקיים השובר ואפ"ה אין גובי' בשטר וכה"ג דדק הריב"ש בסי' תכ"ב מלשון בעל העיטור שכ' אפי' מלוה בשטר וכו' נראה שעיקר דבריו במלוה ע"פ אלא שאפי' במלוה בשטר כן הדין ע"ש:

וראיתי להרא"ש בתשו' כלל ס"ח סימן ט"ו ראובן הוציא שטר וכו' כתב השואל הדין עם היורשי' כיון שלא הוציא בחיי אבוהון ודמיא להא דפ' קמא דב"ב דאמרינן הילכתא כר"ח מדלא אפקיה בחיי אבוהון וכולי והרא"ש דחה וז"ל דהתם מתוך סבר' זו אינו פוסל השוב' דלא לא מקרעי' לי' דילמ' לכי גדלי יתמי מייתו ראי' ומרעי' ליה ומהניא סברא זו מדלא אפקי' בחיי אבוהון וכו' לדחו' הגבייה עד שיגדלו היתומים וכי גדלי היתומים ולא יוכלו לברר זיוף השובר אז ודאי קורעין השטר דמסברא זו לא פסלינן לשובר וכן מסברא זו מדלא אפקיה בחיי אבוהון אין לנו כח לפסול השטר וכולי עכ"ל הרי דסבירא ליה דדוקא ביתומים קטני' אמרינן הכי לדחות הגבייה עד שיגדלו אבל ביתומים גדולים לא אמרינן סברא זו לדחות הפירעון לגמרי ורבא נמי אין לפסול השטר מכח סברא זו ולא תי' דשאני התם דחזקה דשטרך בידי מאי בעי מסייע לפסו' השובר אבל לפסול השטר לא אמרינן סברא זו וגם משמ' דהתם מיירי בשובר מקויים דומיא בשטר דמיירי במקויי' דאם לא כן אף על גב דאין טוענים ליורשים מזויף דלא שכיח נטעון להם פרוע במגו דמזויף כיון שאביהם היה נאמן לומר פרוע במגו דמזויף כדאמרינן גבי שטר כיס היוצא על היתומים דלא טענינן ליתומים נאנסו משו' דלא שכיח אבל החזרתי לך במגו דנאנסו טענינן להו וכמ"ש התוספות בפרק מי שהיה נשוי והרא"ש בפרק שני דייני גזירות ע"ש ואם כן דומיא דהכי גם שובר מיירי במקויי' ואפילו הכי ביתומים קטנים מהניא סברא זו מדלא אפקי' בחיי אביהם לדחות הפירעון עד שיגדלו ומהרא"נ"ח ח"א סימן ט"ו הקשה על הרא"ש בתשו' דס"ל דאין מקיימין את השטר בפני הקטן מהכא דאמרינן טעמא דלא מקרעי' שטרא דא"א דהכא תברא מעליא איבעי ליה לאפוקי בחיי אבוהון דל"ל האי טעמא דנהי דלעגין ליפטר הלה מתביע' היתומים מקבלין עדות שלא להוציא מידו מכל מקו' לקרו' השטר ודאי דהוי כמוציאין מידם וא"א מקבלין מיהו א"ל דהוית תברא מקויים בבית דין הוה וכל שהוא מקויי' לא אמרינן אין מקבלין ע"ש הרי דסבירא ליה דאם אינו מקויי' לא נפטר מתביעת היתומים דגובים בשטר וכן כ' הסמ"ג עשין ל"ד והגמ"י פרק י"ז מהלכות מלוה וז"ל פי' ר"ח שזה השובר היה מקויים בהנפק דאם לא כן היינו טוענו' בשביל היתומים מזויף ע"ש ובודאי אין חילוק בין יתומי' קטנים לגדולים ובספר משחא דרבותא בסימן קכ"ו דקנ"ב נסתפק וכתב מסתברא לי דגובים בשטר דהשובר כמאן דליתיה והוה ליה כטוען על פה פרעתי דחייב דכל שלא קיימו לאו בר סמכא הוא ע"ש ופשוט הוא כמ"ש ולמ"ד דאין טוענים ליורשים מזויף דלא שכיחא הוא וכ"כ הרא"ש בפ"ק הכותב ובפ' ב' דייני גזירות סימן י"ב ובתשובות כלל פ"ו וכלל ק"ה כ"ש לכאורה נראה דה"נ אפילו לא נתקיים השובר אין היורשים גובים בשטר ואין צריך למ"ש מהרא"נ"ח לתשו' הרא"ש דהוות תברא מקויים בב"ד היה דאפילו לא היה מקויים וא"א לקימו כיון דזיוף לא שכיח ואין טוענים ליורשים קורעים השטר מיהו נראה דהכא לכ"ע טוענים בשביל היורשים מזויף השובר משום דאיכא שטרך בידי מאי בעי דה"נ מלתא דלא שכיחא היא שפרע והניח השטר בידו כמו שכת' בריש בתרא סימן ע' עש"ב:

אבל ראיתי להרב גד"ת דף קמ"ה תמה על הרשב"א דס"ל דאפי' מתקיים השובר ואפי' יש עדים על הפירעון אין מקבלין עדותן דא"כ דאפי' לא תבעו האב בחייו אין השובר כלום אם לא נתקיי' וא"א לקיימו ועוד אמאי אין מקבלי עדות הא קי"ל כריב"א דמקיימין השט' שלא בפני בע"ד ועוד דהא דאין מקבלין העדות שלא בפני בע"ד ה"ד בתוב' שמביא עדים על תביעתו אבל הנתב' שמביא עדים לפטור עצמו מקבלין עדותם וא"כ הכא דהלוה מוציא השובר ליפטר אמאי אין מקבלין עדותם על הקיום ושמא ס"ל דכשלא תבע האב בחייו א"צ לקיים השובר דלא הרי הוא בחזקת כשר דאין טוענים ליורשים מזויף דלא שכיח אבל כשתבעו האב בחייו ולא הוציא השובר רגלים לדבר שהוא מזויף וכשבא לקיימו הוא בא להכחי' מה דאנן סהדי שהיה מזויף ולכך לא מהני טעמ' דלהחזיק לקבל עדות שלא בפני בעל דין דלאו קיום מיקרי אלא קבלת עדות ממש ע"ש הרי דאין טוענים ליורשים מזויף אע"ג דטענה דשטרך בידי מ"ב מסיי' להו אבל נעלם ממנו דברי הרשב"א בחי' לגיטין דף ע' בהסכים דטוענ' ליורשים מזויף ע"ש ועיין בהש"ך סי' ק"ו ס"ק ו' והתו' ריש גיטין בד"ה ואם וכו' כ' וז"ל אבל בממון טוענים מזויף לנפר' שלא בפניו ומהיתומים ומהלקוחות דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה שיכול אדם לכתוב שטר מלוה וכו' מיהו מזה אין להוכיח דאפי' לא טענ' להו מזויף טענ' פרו' מגו דאי בעי אמר מזויף וכו' וכ' מהר"ם שם דכ"מ במקום שאין יכול לטעון פרעתי כגון שמת בתוך הזמן השטר ע"ש וק' דהא מיבעיא לן מי אמרי' מגו במקום חזקה וקי"ל קולא לנתב' וא"כ אביהם נאמן לומר פרעתי בתו"ז במגו דמזויף וכן טוענ' ליורשים וכבר כתבתי בסי' ע"ח דכ"מ אם התנו על הפירעון דאין טוענים להם מזויף ולדברי הרב גידולי תרומה אפשר דנפקא מינה אם יש ליתומים שטר מקויים והוציא הלוה שובר ואין עדים לקיימו דאין טוענ' להם מזוי' ואין גובי' בשטר:

אבל יש להסתפק אם הוא מקויים ותבעו האב בחייו בב"ד ולא הוציא הלה את השובר אם טוענ' להם מזויף דזיוף כי האי לא שכיח וכ' ה' משפט צדק ח"ב סי' ע"ג דכ"ע מודו דלא טעני' להו טענה רחוקה וכ"כ הש"ך בסי' ס"ב ס"ק ע"ו ע"ש והתוספות במציעא דף י"ג ע"ב בד"ה הא וכו' כ' וז"ל דמוחל ורב אסי מיירי שאין הלוה בפנינו ולכך יחזיר ואין לחוש שמא מזייף הוא וכשירצה לגבות וטען מזויף ואם יקיימנו יגבה וכולי אבל הכא במתניתין מיירי שהלוה בפנינו בשעת מציאה וטוען מזויף ולכך כיון דאיכא ריעותא דנפלה וגם טוען הלוה בודאי מזויף לא יחזיר כי יש לחוש שמא יגבה מיתומי' ולקוחות או שלא בפניו ע"י קיום השטר והקיום אינו מועיל דשמ' טרח לזייף השטר בט"ב עד שסבורים העדים שהיא חתימתן וכו' ע"ש אלמא אפי' שטר שנפל דאיתרע יחזיר וגובה בו המלוה מיתומים ומלקוחות ע"י קיום ולא חיישי' שמא זייף עד שיסברו העדים שהיא חתימתן אא"כ היה הלוה בפנינו וטען ברי מזויף וה"נ א"ל אפי' תבעו האב בחייו ולא הוציא הלה השובר דהאי ריעותא אם קיימו אין טוענין מזויף כ"כ עד שיסברו העדים שהיא חתימתן א"ד מה שתבעו האב בחייו ולא הוציא השובר אנן סהדי שהוא מזויף וכ"ל ראיה ממ"ש הטור בסי' פ"ה ראובן שהוציא שט"ח על שמעון ושמעון הוציא שטר שראובן מכר לו שדהו אחר שהגיע זמן שטרו ואומר אלו הייתי חייב לך היה לך ליפרע ממני ולא למכור לי וכו' טענתו טענה שלא הי"ל לכתוב שטר מכירה אחר שקיבל המעות ונאמן הלוה

הלוה לומר פרעתי אבל אינו נאמן לומר מזוייף הוא כיון שהוא מקויים וכו' והיא דעת הרא"ש וכ"כ ה"ר יונה הובא בש' א"ז לכתובות וז"ל דוקא כשבא הלוה בטענת פירעון אבל אם בא בטענת מזוייף לאו כ"כ דבטענה דאלו הייתי חייב לך לא מחזקי' סהדי בשקרי כיון שנתקיים השטר בהותמיו ומשום מגו דמ"ל פרוע הוא אינו נאמן לומר מזוייף דכיון שנתקיים השטר הו"ל מגו במקום עדי' ע"ש אלמא אפי' בהוכחה גדולה דאלו הייתי חייב לך הי"ל ליפרע ממני אינו נאמן לומר מזוייף אפילו במגו דכיון שנתקיים השטר הוי כמגו במקום עדים וגם החולק שם א"ל דה"ד משום דהוכחה גדולה וגם הלוה בפניו וטוען ברי ואיכא מגו דפרעתי אבל הכא לכולי עלמא לא טעני' ליורשי' מזוייף :

מ' דין י"ז אפילו גדולים וכולי לשון הרמב"ם פי"ד מה' מלוה והסמ"ג עשין והנפרעין מן היורשי' בין קטן בין גדול לא יפרע אלא בשבוע' וכתב הסמ"ע דהיינו כשגובים מהם לכתובת אשה כמבואר בסי' ק"י למי שלוה לצורך מזוני וכרגא כמבואר בסימן ק"ט ע"ש ונראה דאפטרו' או ב"ד שלוו לצורך היתומים או לצורך מזון האשה והבנות ולקבורה הבא לפרו' א"ן שבו' שהרי כ' רש"י בפרק הנזקין ובפרק הכותב טעמא דהנפר' מנכסי יתומים לא יפר' אלא בשבו' משום דטוענין להם מה שהיה אביהם טוען השבע לי וכ"כ מרן הב"י והסמ"ע בסימן זה ס"ק ע"ו ע"ש וא"כ ה"ד במלוה שעל אביהם אבל מה שלוו הם הרי הם ככל אדם אלא העיקר כתי' הא' דמיירי בכתובת אשה וכן תי' הלא"מ עיין שם ומ"ש הסמ"ע גם ברבית אוכלת בהם דמיירי בגוי לא שייך תקנה דלא יפרע אלא בשבו' ע"ש לא ראה מ"ש התוס' בגיטין דף נ' בד"ה יתומים וכולי וז"ל וא"ת לשבו' היכי משכחת לה בקטנים וכולי ולר"ת דמפרש דדוקא שותפות אמרו חכמים דאסור לעשות עם הגוי שמא יתחייב לו שבועה אבל אם כבר נתחייב מותר לקבל ממנו כדי לקבל מידו וכולי א"ש דא"ל בשטר שיש בו רבית ובנכרי שקבל עליו לדון בדיני ישראל אבל למ"ש רש"י דאסור לקבל ממנו שבוע' מק"ו דשותפות ק' וי"ל דמיירי בגר תושב שקבל עליו שלא לעבוד ע"ז א"נ כדמוקי לה בירושלמי בהכותב בשערב לו מן הנכרי וקבל הנכרי ליפרע מן החייב תחילה וכולי א"כ דאמרינן נזקקין לכתובה עכ"ל הרי שכ' דשייך בשטר שיש בו רבית ובנכרי שקבל עליו לדון בדיני ישראל דלא יפרע אלא בשבועה ולמ"ד דאסור לקבל ממנו שבו' משכחת לה בגר תושב שקבל עליו שלא לעבוד ע"ז :

מ"א דין י"ח אין נפרעין מנכסי יורשי' אפילו גדולים אלא מהזיבורית וכולי ואם יש ערב ואין ליתומים נכסים לפרו' אע"ג דקי"ל דגובין מן הערב מן הבינונית יכול הערב ליתן זיבורית ליתומים לפורעו ממנה ה' המאירי בש' א"ז לקמא סוף דף ח' עיין שם :

מ"ב ואפי' התנה שיגבה עידית או בינונית וכולי כן לשון הטור וכתב הפרישה דש"ד כיון דא"ן תנאי בבינונית וזה התנה עליו כוונתו אפילו לאחר מיתה קמ"ל דלא מהני אא"כ התנה כן בפי' וכ"כ ה' גדולי תרומה בשער ד' כח"ג ע"ש וא"ל דנ"מ אם יש לו זיבורית ובינונית ולא היה לו עידית בשעה שלוה דנותן לו מן הזיבורית כמבואר בסי' ק"ב אבל אם התנה שיגבה בינונית אפילו אין לו אלא זיבורית ובינונית גובה מן הבינונית :

מ"ג ואם כתב בפי' וכו' ריא"ו כ' וז"ל אפי' התנה

הלוה בשטרו בפירוש שיגבה המלוה חובו מן העידית ומת אינו גובה מן היתומים אלא מן הזיבורית ואפי' כ' לו בפי' שיגבה מעידית נכסיו בין בחייו בין במותו שאין תנאי הלוה מועיל לא אלא עצמו ולא אלא יתומים ואינו יכול לגבות מן העידית של יתומים אא"כ יחדם לו אביהם כדרך אפותיקי וכולי ויש מן הגאונים שפוסקים כדברי האומר שאם התנה סתם שיגבה מהעידית של קרקעותיו הר"ז גובה מעידית קרקעותיו אפילו מהיתומים וכך היא שיטת מז"ה ולפי דבריהם אף הנזקין גובה מן העידית של יתומים אפילו בלא שום תנאי וכולי שכן הוא הפסק שלהם עכ"ל (עכ"מ) :

סימן ק"ט

א' דין א' כשבאים למכור מנכסי יתומים וכולי כ' המבי"ע ח"א סימן קכ"ב וז"ל ועל מה שטענו עוד שנמכר בלא הכרזה מבואר שאין בטענה זו ממש שלא הוזכר מעולם הכרזה בנכסי יתומים אלא כשהם קטנים פחותים מי"ג שנה וכדתנן בערכין שום היתומים וכו' והני יתומים קטנים הם וכו' כמו שיש הוכחה בגמ' מדאמר ר"פ טעמא דאין נזקקין וכו' ופריך עלה ממתני' דקתני שום היתומים וכולי ע"ש וה' משנה דרבותא דף קמ"ו דחה ראייתו דיתומים כולל גדולים וקטנים דהא דאמרינן הנפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וכולי עש"ב ואיברא דהרא"ש בתשו' כלל פ"ה סי' ג' כ' וז"ל אבל סתם יתומים מיירי בין בגדולים בין בקטנים והא דאיתא בפ' הנזקין וכולי והתם נמי נסיק והילכת' יתומי' שאמרו גדולים והא"ל קטנים בין לשבו' בין לזיבור' ומלינו יתמי שהוא דוק' גדולים בפ' בתרא דב"ב ההוא ערבא דיתמי דפרעי למלוה מקמי דלודעינהו ליתמי משמ' הא אודעינהו ליתמי הוו היתומי' עומדי' בדין עם המלוה או עם הערב אלמא גדולי' נינהו אלא ודאי גדולי' וקטני' הכל בכלל יתומים זולתי מקומות וכולי ע"ש והרז"ה בפ' ג"פ גבי ההוא ערבא וכולי כ' שהראב"ד מוקי לה ביתומי' גדולים ואין בכל התלמוד ל' יתומים האמור בסתם שיוצאים הקטנים מכלל וכולי אלא כולה ביתומים קטנים עש"ב והמ"מ בפ' כ"ו מהל' מלוה כתב דרבי' נפרש אפילו ביתומים גדולים וז"ש את היורשים ולא יתומים קטנים וזה דעת רבו והראב"ד ועיק' ע"ש ובעל העיטור בדיני ערב דף ס' ע"ד דחה תי' הראב"ד דהטו גדולים לאו בני מיעבד מלוה נינהו וכולי ע"ש א"כ דעת הראב"ד ובעל העיטור והרא"ש דמ"ל יתומים שהם דוקא גדולים אבל הרז"ה ס"ל הקטנים בכלל וא"כ לדעת כל הפוסקי' הא דפריך בערכין ממתני' דשום היתומים וכו' ולא מוקי לה ביתומים גדולים משום דל' יתומים סתם ודאי יתומי' הקטני' בכלל דמלינו יתומי' סתם קטני' דוקא ולא גדולי' דוקא כמ"ש הרז"ה אבל לדעת הראב"ד ובעל העיטור דמלינו יתומים שהם דוקא גדולים א"כ מתני' דשום היתומי' אמאי דחקי' לאוקמ' בגוי ובדקבל עליו לזה ולא לזה לוקמ' ביתומים גדולים דוקא אלא משמע דליכא הכרזה בנכסי יתומים אלא כשהם קטנים והתוס' בפרק הכותב במתני' מנכסי יתומים לא הפרע אלא בשבו' כ' וז"ל תימא אמאי לא הק' מהך משנה למ"ד בר"פ שום היתומים אין נזקקין לנכסי יתומים וכולי ול"ל דהך דהכא איכא לאוקומ' ביתומי' גדולים דא"כ ההיא דאין נפרעין אלא מן הזיבורית אמאי לא מוקי לה בגדולים דוקא אלא דס"ל דבכל ענין מיירי ואור"י דודאי הך דהכא מוקי לה בגדולי' דוקא אבל ההיא דאין

דאין נפרעין אלא מן הזיבורית לא ניחא ליה לאוקומ' בגדולים דלא נפשוט הא דבעי עלה בהנזקי' וכולי עכ"ל הרי שכ' דלא כ"כ קשה ממתני' דהנפרע מנכסי יתומי' משום דמוקי לה ביתומים גדולים דוקא והיא דאין נפרעין אלא מן הזיבורית הו"מ לאוקמ' בגדולים אלא דלא נפשוט בעיא דהנזקין וא"כ אכתי ק' מתני' דשום היתומי' אמאי דחק לאוקמ' בגוי ובדקבל עליו לזה ולא קבל לזה לוקמ' ביתומים גדולים דוקא אלא משמע דליכא הכרזה בנכסי יתומים אלא כשהם קטנים אבל הא ליתא שהרי כ' הטו' בסימן ק"ג דנראה מדברי הרמב"ם שא"ן להכריז ל' יום אלא בשל יתומים ונראה שאין לחלק כיון שנמכר שלא מדעתו ע"פ ב"ד צריך שומא והכרזה כמו בשל יתומים וכולי והמ"מ כתב דדעת רבי' שאם היתה ל' יום למה אמרו שום היתמים ל' יום אם לא שהזמן הזה הוא דוקא ביתומים וכן הדין בטורף מהלקוחות שאף הם שוים ליתומי' שהבא ליפרע מהם לא יפרע אלא בשבו' וכולי והביאו מרן הב"י שם משמע להדיא דגם לדעת רבי' דדוקא ביתומים צריך ל' יום היינו אפילו יתומים גדולים דהבא ליפרע מהם לא יפרע אלא בשבועה ולדעת הטור בכל שומא צריך ל' יום וכ"כ בעה"ת הביאו מרן הב"י שם וכבר כ' התום' בר"פ שום היתומים וז"ל וא"ת אמאי נקט יתומים אפילו כ"ע נמי אם באו לב"ד לירד בנכסיהם כדי לפרוע האשה בכתובתה או חובו לב"ח וכולי וי"ל דתנא יתומים לרבותא דמ"ד דהוו יתומים כהקדש ולבעי שומת ב"ד ששים יום קמ"ל דשוים לכל אדם עכ"ל הרי דס"ל דליכא אדם דלא צריך שומא והכרזה ומתני' קתני יתומים לרבותא דס"ד דהוי כהקדש וא"כ א"ל דמה"ט פריך מינה לר"פ דלא מצי לאוקומי ביתומי' גדולי' דא"כ אמאי נקט יתומי' כל אדם נמי אלא דתנא יתומי' לרבות' דס"ד דהוו כהקדש וה"ד יתומים קטנים דאלו גדולים דינם ככל אדם מיהו י"ל דביתומים גדולים נמי איכא רבותא משום דהבא ליפרע מהם לא יפרע אלא בשבו' דמה"ט סובר הרמב"ם דדוקא ביתומים ולקוחות צריך ל' יום ולא בכל אדם וה"כ ס"ד דהוי כהקדש מה"ט דצריך ס' יום :

ב' שומעין לירש וכו' זה דעת הרא"ש בס"פ מי שהיה נשוי והטור ור' ירוחם וכ"כ התום' בבתרא דק"ז בד"ה רב אמר וכו' ע"ש והרשב"ץ ח"א סי' יו"ד כ' דאין ראיה מהיא דקטינא אבל הדין אמת ע"ש וה' פנים מאירות ח"ב סי' מ"ו האריך והסכים כן ודלא כהש"ך ע"ש וכ' הסמ"ע דאפי' אין לו מעות שומעין לו שישומו שאם יהיה לו מעות אח"ך לא יתן רק כפי שוויה וכו' וכן מבואר בתשו' הרשב"ץ שם וה' למח לדק כ' דיכו' לומ' לדידי שוה ואין היור' יכו' לסלקו ע"ש :

ג' דין ג' ב"ד שמכרו שלא בהכרזה וכו' כ' מהרא"ד"ב סי' ר"ט דנר' מדברי מהרי"א סי' ע' דחזקה דין מטלטלין יש לה שכ' גבי אשה שמכרה חזקה של יתומי' ואח"ך החזיקו בה הקונים כמה שנים דכיון דהדבר הוי פלוגתא דרבוותא אין להוציא מיד החזקה מיד המוחזקים בה וכו' וא"ת דדין קרקע יש לה אדרבה אוקי ארעא בחזקת מרא קמא אלא נראה דס"ל דדין מטלטלין יש לה ע"ש ואינו מוכרח שהרי כ' התום' בבתרא דל"ב ע"ב בד"ה והילכתא וכו' לפי' רשב"ם בפלוגתא לא אמרי' אוקי ארעא בחזקת מרא קמא אלא בחזק' המחזיק בו וכן דעת מהר"ש בתשו' הרא"ש כלל א' סי' ח' ע"ש ומהרא"ד"ב עצמו בסי' קנ"ד כ' דכיון דדבר זו בעצמו מי הוא המוחזק שנוי במחלוקת ראוי לפסוק לאוקומי ארעא היכא דקיימא דשב ואל תעשה הוא וכן פסקי' ה' פני משה ח"א סי' ס"ו ע"ש וא"כ אפשר שזה טעם מהרי"א דאע"ג דהחזקה דין קרקע יש לה בפלוגתא דרבוותא אין להוציא מיד המחזק בה מיהו מהרי"א בסי' ל"ט כ' דחזקה לית בה דינא דבר מילרא וכן הסכימו כל האחרונים ע"ש מיהו ה' דבר משה ח"ב סי' י"ב כ' דנראה מדברי מהרי"א סי' רי"ט דלא הסכי' עם דייני זמנו לדון אותה כקרקע ע"ש :

ד' הג"ה י"א דאם מכרו הקרקעות וכו' מרן הב"י הביא תשו' הרשב"ץ שכ' על קרקע יתום שנמכר בזמן שהיתה המגפה חזקה בעיר דמכר זו בטל וכו' ותמה עליו והביא תשו' הרשב"א שכ' דאשה ובעל חוב שבאו לגבות בקרקע בזמן שהוזלו מפני המלחמו' אין שמין להם אלא כדהשתא ע"ש ותשו' הרשב"ץ היא בח"א סי' כ"ב וה' בית יהודה ח"ב סימן ן' לא ראה תשובת הרשב"ץ במקומה ע"ש וה' כנה"ג כ' בשם הגה"ה דיש להלק בין שומא דהדרא למכר דלא הדר ע"ש וליתא שהרי הרשב"א הביא ראיה מפ"ק דב"ק הרי שהיו בתי' ושדות ואינו מולא למוכרן מאכילין אותו מעשר עני אע"ג דבימי ניסן יקרי ושוה מאתים זוז כיון דהשתא לא שוה משמע דגם במכר אמרי' הכי וכן לנזקין דשומ' לא הדר' שיימי' ליה כדהשתא ותשו' הרשב"א היא בח"ד בסי' קע"ו ע"ש :

ה' וטען והותירו שתות וכו' דוקא ב"ד שמכרו לצורך פריעת ב"ח היתומים אבל מכרו לצורך היתומים אפי' שמו יותר משתות בקרקעות אין להם ביטול מקח הר"ן בפ' בני העיר בשם הרז"ה וכ' ה' כנה"ג בשם מהר"ש יפה בתשו' כ"י ודוקא אם טעו עד פלגא אין להם ביטול מקח אבל אם טעו טפי מפלגא יש להם ביטול מקח ואין הקונה יכול לומר קי"ל כמ"ד בקרקעות ליכא אונאה כלל דקרקע בחזקת בעליה עומד' מיהו ה"ד בשכירות כגון שב"ד השכירו קרקע יתומים וטעו בשכירות טפי מפלגא לא אמרינן קרקע בחזק' בעליה עומדת אלא בחזקת מי שעומד בקרקע ע"ש ונראה דס"ל כמ"ש התום' בבתר' דל"ב ע"ב בד"ה והילכת' וכו' וז"ל פי' ר"ש דמספק"ל כמאן הילכת' וצריך לדחוק ולחלק בין ס' דתרי ותרי בין ספק דדינא וכו' התם תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ומוקמי' ארעא בחזק' מרא קמא אבל הכא דמספק"ל דינ' כמאן לא שייך כולי האי למי' אוקמ' אחזק' מרא קמא ונוליא מיד המוחזק ודוחק הוא וכו' ע"ש וכ"כ הרא"ש בתשו' סימן ח' וז"ל כך קבלתי מפי' רבנא מאיר היכא דאיכא פלוגת' דרבוות' לא מפקי' מנס' ואוקי ממונא בחזקת מריה והכי אמרי' בחזקת הבתים והילכתא כרבה בארעא היכא דקימא ארעא תיקום וכו' עיין שם ולכאורה נר' דמהר"ס ס"ל כרשב"ם וכ"כ מהריב"ל ח"ג סי' ל"ח עיין שם וה"כ אם מכרו קרקע יתומים וטעו טפי מפלגא דפלוגת' דרבות' היא לא אמרי' קרקע בחזק' מרא קמא אלא ביד המוחזק בו עכשיו וה' כנה"ג סי' ק"מ אות י"ד הביא ג"כ דברי מהרס"י ע"ש אבל ה' עצמות יוסף בפ' הא"מ ה' ז' כ' וז"ל ובעיקרי דעות אלו נראה שאם אונה הלוקח למוכר יותר מכפל או כדי שוויו דהוי ביטול מקח לר"ת והרא"ש אע"ג דלדעת הרי"ף והרמב"ם לא הוי ביטול מקח אמרי' קרקע בחזקת בעליה עומדת והוי בחזק' המוכר עד שירלהו במעות וכו' עי"ש וכ"כ מהרא"ד"ב בס' לחם רב סי' קנ"ז ע"ש וה' כנה"ג בסי' רכ"ז הגב"י אות ע"ו כ' וז"ל ולענ"ד דלדעת מהרס"י כל שאינו מכר גמור אף בשכירות דל"מ לסלוקי ליה קרקע בחזקת בעליה הא' עומדת דדוקא במכר גמור דלדברי כולם ברשות ירד והמוכר עלמו החזיקו בקרקע אז אמרי' שהקונה שהוא בתוך הקרקע הוא המוחזק כיון דלדברי כולם ברשות ירד אלא

אלא בכל ספק אם היה בה אונאה או לא על המוכר להביא ראיה שהיתה בה אונאה שקרקע בחזקת הקונה שהמוכר עצמו החזיקו דומיא דהבו' הרשב"א וכו' ע"ש ולי נראה דלא מן השם הוא זה אלא בתפס כדעת רשב"ם ומהר"ם דבכל ספקא דדינא מוקמי' הקרקע ביד המוחזק בה ואפי' להדרי המוכר לא ירד ברשות דומיא דשטרא זייפא דפסקי' הלכה כארעא אע"ג דלדברי המוכר לא ירד ברשות מוקמי' לה בחזקת הלוקח :

ו' הגה וי"א דכיון שהכריזו וכו' זה דעת הרא"ש ור' האיי בספר המקח ריש שער ו' כ' דבדברי' שצריכי' הכרזה ונמכר בהכרזה וטעו בשומת מכרן בטל ובכל הכרזה אפי' בכל שהוא מכרן בטל אבל בדבר שא"צ הכרזה אם נמכרו בהכרזה אפי' מכרו שוה מנה במאתים או שוה מאתים במנה מכרן קיים ואם נמכרו שלא בהכרזה וטעו בשומת מכרן בטל שהוא גורס נמי רישא וסיפא בדאכרוז ול"ק כאן בדברי' שצריכים הכרזה כאן בדברים שאין צריכים הכרזה וכו' ומפ' דרישא בדברי' שצריכי' הכרזה דאם טעו בשומת מכרן בטל וסיפא בדברים שאין צריכי' הכרזה דכיון שהכריזו ודקדקו יפה אפי' מנה במאתים מכרן קיים ע"ש והרמב"ן והרשב"א והרא"ה בס' א"ז לכתובות הק' עליו דא"כ לוקמ' כולה בדברים שאין מכריזי' עליהם ורישא בדלא אכרוז וסיפא בדאכרוז ע"ש (עכ"מ) :

סימן ק"י

א' דין א' שאין גובי' מיורשי' קטנים וכו' משכונה שאינה ברשות המלוה אין דנין אותה אלא בדין מלוה בלא משכון ואין נזקקין לנכסי קטן ואין חי' בין קטן היורש למקבל מתנה מהר"י בן הרא"ש בתשו' סי' מ"ה ע"ש :

ב' שאין גובי' וכו' ואם יש משכון ביד המלוה ואמר שהלוה משכנו בידו על חוב כך וכך נאמן במגו דהחזרתי וגובה אפי' מיתומים כן הסכים ה' פרח מטה אהרן ח"ב סי' כ"ח ע"ש :

ג' שאין גובי' וכו' משמע דאין נזקקין כלל אפי' להניח ביד שליש ואם טוען הב"ח שימכרו הנכסים ויונחו דמיהם במקום בטוח שיאכלו היתומים הריוח וישאר הקרן קיים שיגבה אותו כשיגדלו היתומים מסתברא לי דשומעין לו כיון שזה נהנה וזה אינו חסר הרדב"ז ח"ב סי' תק"ד ע"ש והביאו ה' כנה"ג בסי' ק"ח הגב"י אות מ' וכ"כ המבי"ט ח"ג סי' רי"ד ונראה מדבריו אפי' לא טען כן הב"ח ע"ש ועיין במהרח"ש ח"א סי' מ"ז ומהר"ש הלוי סי' ל"ד :

ד' אפילו יש בו נאמנות וכו' כ' בעה"ת ש"ד היכא מרבוות' דס"ל דשטר' שיש בו נאמנות עליו ועל יורשיו נפרעין מהם ולא מסתברא דכיון דטעמא משום דחיישי' לשובר אפי' כתוב בשטר נאמנות א"ל דילמא פרע וכתב עליה תברא וכו' ומה שהק' ה' פ"מ ח"א סי' ס' דא"כ אמאי דחק בפ' שום היתומי' לאוקומי מתני' ברבית דגוי ובדקבל וכו' ליקמ' בשטר שיש בו נאמנות ע"ש כבר הראב"ד בהשגות פי"ד מה' מלוה הביא ראיה זו ודחאה המ"מ ע"ש וכ' מהרא"ח סי' ק"ז דאין חי' בין הקדש להדיוט דאין נזקקי' לנכסי יתומי' קטנים והביאו הכנה"ג עיין שם וכ"כ מפ' שום היתומי' דדחקי' לאוקומי מתני' ברבית דגוי ובדקבל וכו' ולא מוקי לה בנדר דהקדש מיהו ק' לוקמה ברבית דהקדש ועניים דמותר וכן רבית דרבנן מיתומים ליתומי' דמותר וכן הק' מהרימ"ט ח"א סי' קמ"ט ע"ש ובתשו' השייכי לס' משפטים סי' י"ד כ' דמותר להלוות מעות של צדקה ברבית ואם תאמר הא דאין נזקקי' לנכסי יתומים אא"כ רבית אוכלת בהם ופירש"י כגון שלוה אביהם מן הגוי לאוקומ' כגון שלוו הם עצמם ממעות של צדקה וי"ל דלארווחא דמלת' פי' ברבית דגוי אבל הש"ס דחק לאוקומה מתני' ברבית דגוי ובדקבל לזה וכו' לוקמ' ברבית של צדקה ונראה לפמ"ש התוס' במתני' וז"ל וא"ת אמאי נקט יתומים אפי' כ"ע נמי וכו' וי"ל דתנא יתומים לרבותא דס"ד דהוו יתומים כהקדש וכו' ע"ש וא"כ אי איירי ברבית של יתומים אחרים או עניים פשיט' דהוו יתומים ככ"ע דשני בל' יום דדוקא לגבי ב"ח ס"ד דהוו יתומים כהקדש אבל לגבי הקדש או יתומים אחרים ודאי דשני בל' יום ולפ"ז אין ראיה דגם לגבי הקדש אין נזקקי' לנכסי יתומים קטנים והרשב"א בתשו' ח"ג סי' כ"א כ' דאם יש ריוח ליתומים להתפשר עם ב"ח נזקקין והיא דפ' שום היתומי' בעי לאוקמ' בדבר המלוי ולא בדבר שאינו מלוי ע"ש :

ה' כתב מהרא"ח ח"א סי' ל"ד דאם התנה בפי' שיגבה אפילו מיתומים קטנים נזקקין והביאו ה' כנה"ג אות ו' וכ"כ ה' בית יהודה ח"א סי' י"א ע"ש. וכ' עוד מהרא"ח דאם יש נאמנות מפורש נגד שובר ונגד נדרי ושום תנאי נזקקי' וכ' עליו ה' כנה"ג אות ח' דמהראיה שהביא הראב"ד מוכח דאין שום נאמנות מועיל לגבי יתומים קטנים ע"ש ולכאו' נר' דה"נ ש"מ אפי' התנה בפי' שיגבה מיתומי' קטנים לא מהני דאל"כ לוקמ' בהכי והתימא על ה' כנה"ג אות ו' שהביא דברי מהרא"ח בסתם ע"ש ומיהו ה' כנה"ג בתשו' סי' ע"ה כ' דס"ל דדוקא נאמנות כנגד שובר לא מהני דחיישי' להתפשת נדרי אבל כל נאמנות כנגד שובר וכנגד נדרי וכל תנאי בבטולם דליכא למיחש למידי גובי' מיתומים קטנים אע"ג דמהראיה שהביא הראב"ד מוכח דאין שום נאמנות מועיל כיון שדחה הראיה הראב"ד נמצא שהסברא ג"כ אינה נכונה ולא הודה לו המ"מ אלא כשלא כתב בנאמנו' אלא כנגד שובר ע"ש ועוד א"ל דהראב"ד מודה וס"ל דדוקא נאמנות עליו ועל יורשיו לא מהני מדלא מוקי לה בהכי דמילתא דשכיחא היא אבל בנאמנות נגד נדרי וכל תנאי בבטולם או שהתנה בפי' שיגבה אפי' מיתומים קטני' הוי מילתא דלא שכיחא ולא בעי לאוקמ' במילתא דלא שכיחא וכה"ג כ' הרשב"א בתשו' ח"ג סי' כ"א דבעי לאוקמ' בדבר המלוי ולא בדבר שאינו מלוי עיין שם :

ומצאתי להרמ"ה בפ' י"נ סי' קל"ו שכ' וז"ל וזאת דלית ליה השתא יתומים קטנים דא"כ הא קי"ל אין נזקקין לנכסי יתומים דחיישי' לשובר ואע"ג דהמניה כבי תרי ופסלי' לכ"ע לגביה ה"מ היכא דמסהדי הפירעון אבל היכא דמסהדי דבטלה איהו גופיה להאי נאמנות מהימני הילכך השתא נמי חיישי' לשובר וכו' אלא היכא דהימניה למיגבה אפי' מיתומים קטנים בלא שבועה דכיון דאתני אתנאי ממון הוא קיים דא"כ היכא שובר דבטלה להאי נאמנות בגויה כיון דהשתא ליתיה קמן לא חיישי' ליה דלהכי כ' ליה הכי לאזדקוקי בהו לנכסי יתמי ולא ליחוש לשובר דליתיה קמן כלל וכו' עכ"ל הרי דס"ל דנאמנות בב' עדים נגד היורשים לא מהני לגבי יתומים קטנים דחיישי' לשובר דבטל בו הנאמנו' אבל אם האמינו לגבות אפי' מיתומי' קטני' תנאו קיים וכ"כ בפ' ג"פ סס"י קל"ג וז"ל ולא משכחת נאמנות דמהימני וכו' אלא היכא דהימניה בפי' למגבי אפי' מיתומי' קטני' דאי הימניה למגביה בלא שבועה גבי מנייהו בלא שבועה ואי הימניה למגבי

למגבי

למגבי מנייהו סתמא לא גבי אלא בשבועה וכו' והריטב"א בתשו' הביאה מרן הב"י שם"י זה כ' על יתומים קטנים שהניח אביהם קרקע ממושכן במנה וכו' אם מת הממשכן תוך הזמן הפירעון ויש בשטר נאמנות עליו ועל יורשיו ג"כ נזקקין לדעת הרמב"ם והגאונים וכולי עיין שם היינו לענין הנאמנות מפורש לגבי היורשים מועיל לגבות מהם בלא שבועה לאפוקי דעת הרז"ה והראב"ד דאין נאמנות מועיל לגבי יורשים וס"ל דהא דאין נזקקין לנכסי יתומי' קטנים ה"ד כשאין לו נאמנות דכיון דהיתומים גדולים לא נפרע אלא בשבועה משום חשש לצררי החמירו חכמים ביתומים קטנים דלא יפרע מהם כלל מה"ט אבל כשיש נאמנות דמיתומים גדולים נפרע בלא שבועה ולא חיישי' לצררי ה"ה ליתומים קטנים דאין חי' בין יתומים גדולים לקטנים אלא במקום דחיישינן לצררי השאין לו נאמנות דלא נפרע מיתומים גדולים אלא בשבועה וכ"כ הר' פ"מ ח"א סימן ס' דהריטב"א ס"ל כי"א דכתב בש"ת עיין שם ועוד א"ל כיון שאחר זמן הפירעון היתומים הם קטנים והוא האמינו עליו ועל יורשיו הוי כאלו התנה בפי' שיגבה אפילו מיתומים קטנים אבל בחי' הריטב"א לגיטין דף נ' כ' גבי שט"א היוצא על היתומים אע"פ שכתיב בו שבא איננו גובה אלא מהזיבורית וכולי דאפילו פי' לו בין ממני בין מיורשי אינו גובה מהיתומים אלא מזיבורית וכדאמר אבא שאול בכתובה לענין שבועה דאע"פ שפטרה בפי' אינה נפרעת אלא בשבועה וכבר איפסיקא הילכת' התם בהדיא כאבא שאול ול"ש בין שאמר לה בין ממני בין מיורשי בין לא ושלא כדברי הרי"ף דאוקי ההיא דאבא שאול כשלא פטרה בפי' כדי שלא ליפלוג אבא שאול על מתניתין דהתם וליתא כדמוכח התם וכן דעת רבי' וכן הרז"ה עכ"ל הרי דס"ל כהרז"ה ורבו דאפילו נאמנות מפורש לא מהני לגבי יורשים לענין שבועה מיהו א"ל דה"ד לענין שבועה דתקנו חכמים שלא יגבה אלא בשבו' אבל לדחות הפירעון נאמנות מפורש מהני אפילו נגד יתומים קטנים דלא חיישינן לצררי לדחות הפירעון דחששא רחוקה וכה"ג כ' הרא"ש פרק קמא דבבא בתרא ע"ש וכ"כ מהר"ם בתשו' דשייכי לס' משפטים סי' ובזה ניחא מ"ש הרמב"ם בפי"ד מהל' מלוה והסמ"ג עשין שכתב והנפרעין מן היורשים בין קטן בין גדול לא יפרע אלא בשבועה וכו' והלח"מ נדחק דלא איירי אלא בכתובה ע"ש וכבר תי' התוס' כן בגיטין דף נ' בד"ה יתומים וכולי עיין שם תי' אחר והרמב"ם העתיק דברי אביי קשיא גם התוס' בכתובות דל"ד בד"ה בנותיאת וכולי כ' וז"ל וא"ת למאן דלית ליה דאביי קשיא היכי מפרש הנפרעת מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה דביתומים גדולי' א"ן שבועה וביתומים קטנים נמי ליכא לאוקימ' דלא נזקקי' לנכסי יתומים קטנים א"כ רבית אוכלת בהם ואיר"י דס"ל כמ"ד בערכין אף לכתובת אשה משום מזוני וכולי וק' דמ"מ תיקש' מההיא דהנפרעת מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה דהא לעיל בהכותב פר"י דמיירי בגרושה דלית לה מזוני וכולי עיין שם שנדחקו ולדברי הרמ"ה והריטב"א א"ל דמיירי בשטר שהאמינו סתם לגבות אפילו מיתומים קטנים דאינו גובה אלא בשבועה והרי זה דומה למלוה שהאמין ללוה לומר פרעתי דאינו נאמן אלא בשבועה משום דלא האמינו אלא לבטל השטר והרי הוא בטענתו כשאר התובעים דצריך לישבע היסת כמ"ש הרמב"ם בפט"ו ומרן סימן ע"א עיין שם וה"נ לא האמינו אלא לגבות מיתומים קטנים והרי הוא כתובע מיתומים גדולי' דאינו גובה אלא בשבועה ועוד א"ל דמיירי כגון שיש ריוח ליתומים שב"ח רוצה לוותר ולמחול להם כדי שיגבה עכשיו ברשות ביד ב"ד להגבותו כמ"ש הרשב"א ופסקו מור"ם ואינו גובה אלא בשבועה ובזה ניחא מה שהק' ה' מבקש צדק ח"ב סימן ל' על המ"מ שכ' שהרמב"ם ס"ל דאפי' מן הקטנים גובה במת בתוך הזמן ממה שסתם בפי"ח וה"ל להביא ראיה ברורה ממ"ש ברפי"ד והנפרעים מן היורשים בין קטן בין גדול לא יפרע אלא בשבועה ואם היה חוב לזמן ותבע בזמנו נפרע שלא בשבו' וכו' דקאי גם הקטן וכן הביא ראיה הנמי"י ע"ש דלק"מ דהכא מיירי בנאמנות לגבות מיתומים קטנים והרי הם כגדולי' דלא"ז גובה מהם בשבועה ובתוך הזמן א"ן שבועה אבל במקום שאינו גובה מיתומים קטנים כלל אימא דאפי' בתוך הזמן לא משום דחיישינן לצררי ועוד א"ל דלפמ"ש מרן בסימן פ"ד ס"ב דאם הוא בתוך זמנו אע"פ שפגם בשטרו יפרע שלא בשבועה א"כ טען הלוה השבע לי ע"ש בהסמ"ע וא"כ נראה דמלוה בתוך זמני ופגם המלוה בשטרו ומת הלוה אינו גובה מיורשיו אלא בשבועה דהא דהנפרע מן היתומים לא יפרע אלא בשבועה מה"ט הוא דטוענ' להם מה שהיה אביהם טוען השבע לי כמ"ש הסמ"ע בסימן ק"ח סקט"ו ע"ש וכ"כ רש"י בכתובות דף פ"ז ובגיטין דף ז' עיין שם :

ומ"מ הרי הרמ"ה ס"ל דאם האמינו לגבות מיתומים קטנים תנאו קיים כדברי מהרא"ח וכ"כ הרשב"ש בתשו' סי' י"ב ע"ש וכן ראיתי לה' חוט השני סימן ל' שכ' אפי' אם יתנה שלא יועיל שום שובר אא"כ נכתב ע"ג זה השטר ומ"ש מעל' מי לא מהני וא"כ אם ימצאו היתומים קטנים שובר כת"י המלוה אינו כלום וה"ה אם האמינו נגד יתומים קטנים הוי כאלו פסל כל השוברים שיצאו על השטר ובסי' נ"א כ' מ"ש דאין גובין בו במה כשבא הלוה לפרוע שטר זה טען המלוה נאבד השטר ונשבע עליו וכתב שובר דתנאי כו"ך בטל וא"כ חיישינן שמא ימצאו היתומים השובר לעולם לא חיישי' שנאבד השטר דלנפילה לא חיישי' דכל אדם נזהר בשטרו ומילתא דלא שכיחא לא טעני' ליתמי ומ"ש הרא"ש אולי כשיגדלו ימצאו שובר היינו מטעם דשכיח דהלוה מביא מעות למלו' בזמן שאין השטר בידו ומאמינו אבל בשטר שכתוב בו שלא יועיל שום שובר אא"כ נכתב על גבו אין הלוה מאמינו אלא אם נכתב שנאבד ואבידת השטר לא שכיחא ולא טענינן ליתמי עכ"ל ואיברא דהרא"ש בפ"ק דב"ב כ' וז"ל ולאו כמי אמרינן טעמא משום לצררי ולא משום פירעון דחשש פירעון אינו מספיק אלא לענין שבועה ולא לדחות הפירעון עד שיגדלו משום דא"ת דפרע אבוהון הוה מהדר ליה שטרא ולא חיישי' שמא יבאו עדים שפרע והניח השטר בידו דמילתא דלא שכיחא היא וכו' וכ"כ בתשו' כלל פ"ה סי' ח' ע"ש הרי שכ' דמילתא דלא שכיחא לא חיישי' לה מיהו נראה דה"ד למ"ד משום לצררי גם ה' מבקש צדק ח"ב סי' ל' הק' על הר' יונה שכ' דמשכון עביד דמתפי' דנראה דמילתא דלא שכיחא היא וא"כ מ"ש גדולים ומ"ש קטנים ותי' דעביד אינים שכ' ה"ר יונה להו דהוי מילת' דלא שכיחא אלא חששא רחוקה היא ולכך גובה מהגדולי' בלא שבו' ע"ש וכ"כ מהרימ"ט סי' כ"ה דליתומי' קטנים חיישינן אפילו לחששא רחוקה ע"ש וכה"ג כ' התוס' בכתו' דל"ב בד"ה ראובן וכולי וז"ל ותימא הוא"ל ולא זקפו ליכא למיחש לצררי א"כ למ"ד טעמא דאין נזקקין וכו' משו' לצררי משכחת לה דנזקקין כמו ראובן שמכר שדה לשמעון באחריו' ולא זקפו עליו במלוה ומת ושלם שמעון המעות ליתומים ואח"כ נמצא שאינה שלו הרי עכשיו חוזר על היתומי' ונזקקי' הוא"ל

הואיל ולא חיישי' לגררי וא"ל רבי דנהי יתומים גדולים לא חיישי' לגררי כה"ג ביתומים קטנים חיישי' טפי עכ"ל אלמא אפי' בדבר דלא חיישי' לגר:די בגדולים חיישי' בקטני' אפי' לחששא רחוקה וא"כ אע"ג דלא חיישי' לגפיל' דלא שכיח' מ"מ ליתומי' קטני' טעני' אפי' מילת' דלא שכיח' :

עוד כ' מהרא"נ"ח שם דאם יש קנס בשטר שאם אח"מ לא יפרע החוב תוך כך ימים שיפרע סך כך יותר מהחוב הנז"ל הוה ליה רבית אוכלת בהם ונזקקין וכתב הרב כנה"ג לכאורה נראה דסבירא ליה כמאן דאמ' דרבית דרך קנס ברי לכתחילה דלמאן דאמר אבו' משו' הערמת רבית בלאו הכי אין מוציאין מלוה למלוה וכולי אלא דסביר"ל ז"ל דאף על גב דאבק רבית אין מוציאין מלוה למלוה הערמת רבית קיל מאבק רבית ומוציאין מלו' למלוה וכו' עיין שם ונראה דלמ"ד דאסור משום הערמת רבית ניחא בלא בעי להוקומי מתניתין דשום היתומים בהכי בשטר שיש בו קנס אם לא יפרע החוב לזמן פלו' דאף על גב דמוציאין מהיתומים למלוה לא בעינן בדיעבד אסו' אבל למ"ד דקנס אין בו איסור כלל הוה מלי להוקומי בהכי ועוד שכתב הריב"ש סימן של"א דגם הרשב"א לא אסר אלא לכתחילה אבל במלוה מעות ומתנה לתת יותר אם לא יפרע בזמנו דהוי הלואה גמורה אבל במוכר סחור' בחמשים והתנה לתת' לו לזמן פלוני דאם יעבור יתן לו בעבורה מאה זהובים מותר אפילו לכתחילה כיון שלא היה בדרך הלואה אלא בדרך מכירה עיין שם ואם כן לכ"ע מלי להוקומי מתניתין בהכי אלא דמילתא דל"ש היא :

ו' הג"ה וכן אם ראו בית דין וכו' וכן כ' הרשב"א בתשו' חלק א' סימן אל"ף ט"ו באפטרפו' שמכר קרקע של יתומים כדי לפרוע חובותיהם שנתפשר עם ב"ח ונתפייסו בפחות וז"ל הדין עם הלוקח שהרי רשאי למכור אפטרופוס בשטר שיש בו רבית וכן לאשה בכתובתה משום דמפסידא והאי טעמא מהני לכל ריוח שיש ליתומי' שהמוכרי' אומרים מוטב שנמכור עכשיו ולא ניחוש לספקא דגררי ובורר ומגיחי' הספק ותופסי' הודאי והילכך אף כזו כן ואם יראה ב"ד שאלו לא מכר ופרע היה בכך מפסיד' יתומים הדין עמו וכולי עכ"ל והביאו הב"י סי' ר"ן בקיצור ע"ש ומהרימ"ט ח"מ סי' ב' הקשה מסוגיא דערכין ונדחק ע"ש וכבר הרשב"א בעצמו בתשובו' ח"ג סימן ר"א האריך ותי' מה שקשה לזה עיין שם באורך וכן כתב המבי"ט חלק שלישי סימן רי"ד והסכים עמו הר' פני משה חלק ראשון סימן ס' וכן הסכים מהרימ"ט שם ודלא כמהרא"נ"ח סי' ל"ה עיין שם באורך ועיין במהרשד"ם סימן שמ"א :

ז' נראה דמשכונה שלא היה דר בה המלוה אין נפרעי' מיורשים קטנים דלא מיקרי מוחזק אלא א"כ דר בה כמ"ש בסי' ק"ח ס' י"ב לענין שבועה ע"ש וכן מצאתי בתשו' מהר"י ן' הרא"ש סי' וז"ל ודע כי כל משכונ' שאינ' ברשות המלוה אין דנין אותה בכאן אלא כדין מלוה בלא משכון ואין נזקקין לנכסי קטן ואין חילוק בין קטן היורש למקבל מתנה עכ"ל ובתשובות הרשב"א חלק ג' סימן שפ"ה משמע בהדיא דאפילו משכונה שהיא מוחזקת אין נפרעים מנכסי יתומים קטנים עיין שם :

ח' כתב מהרח"ש ח"א סימן מ"ז דלמכור קרקע אם יש תועלת ליתומים ואין הפסד לב"ח דאם לא ימצא לגבות משאר נכסים טורף מלקוחות אבל יש להסתפ' אם יכול למכור לגוי דאין ב"ח יכול לטרוף ממנו ואם הוא צריך למכור כדי להאכיל ליתומים דלא שייך אם לא שימכרו לגוי ודאי יכולים למכור אבל אם יש נכסי' אחרי' להאכיל או משכירות הקרקע א"ל דאין מוכרים להפקיע שעבוד הב"ח א"ד כל שיש תועלת ליתימים במכיר' הרשו' ביד בית דין למכור אפילו לגוי ועיין במהר"ש הלוי סי' ל"ד שהאריך :

ט' אם יש משכונות ביד המלוה אפי' אינם שוים כנגד מעותיו דאין תועלת ליתומים במכירת המשכונו' נזקקים ומוכרים אותם הרב גנת ורדים כלל ג' סימן י"ד עיין שם :

יו"ד וכן נפרעים מהם כתובת אשה וכולי ומשום חן האשה כדי שיהא לה כלום שתנשא בו האש' לאחר לפיכך אם קפלה האשה ונשאת ואחר כך באה לתבוע כתובתה מנכסי יתומים אין נזקקין לה שהרי אין לה מזונות והרי נשאת הרמב"ם פרק י"ב מהלכות מלוה עיין שם במ"מ וכן כתב הרשב"א חלק שני סימן רמ"ג עיין שם :

י"א כתב הרב כנה"ג ח"ב דלא אמרינן אין נזקקין ליתומים קטנים אלא בבא ליתומי' עצמם אבל בא לפרוע מן האשה חוב שהיא חייבת לו שתפרע לו מכתובתה נזקקין אף על גב דתפרע האשה מיתומי' קטני' וכו' ודמי זה למלוה שמת לוה שלו והניח יתומים קטני' ויש לו ערב דלדעת הרמב"ם גובה מהערב וכו' ואף על גב דהתם לכ"ע אין הערב נפרע מהיתומי' אלא אם כן יגדלו דישלמא התם גובה מנכסי הערב וליתומים אין נזק שהערב אינו נפרע מהם אלא עד שיגדלו אבל הכא הי' גבי מהאשה גבי מהיתומים אין בכך כלום דהתם דין הערב כדין אינים דעלמא שאינו גובה מיתומים קטנים עד שיגדלו אבל הכא גבי אשה שדינה ליפרע כתובתה אפילו מיתומים קטנים יכול הבעל חוב לגבות ממנה והיא תגבה כתובת' מיתומים כדינא עכ"ל וכן כת' בתשובות סימן ר"ט דף רס"א עיין שם אבל ראיתי למהרימ"ט ח"מ סימן ע"ט שכ' דאין נזקקים על הקרקע של יתומים שב"ד הגבו' לאלמנה כיון שחוזרת על יתומים ודוקא בערב שאינו יכול לגבות מהיתומים עד שיגדלו נזקקין עיין שם באורך וז"ל הרשב"א בתשובו' סימן תתקע"ג וא"ת כיון שהקבלן חוזר על היתומי' אחר כך הרי זה כאלו אתה גובה ממנו וכמ"ש בשלשי כל הנשבעים גבי ההוא דשכיב ושבק ערבא ולא היא דהתם האי טעמא משום דלרב ושמואל פטורי' לגמרי אף לכשיגדלו והילכך אלו אתה גובה מן הערב ואפילו קבלן הוה ליה כגובה מן היתומים אבל כאן אין היתומים פטורים לגמרי אלא שממתיני' עד שיגדלו הילכך אפי' אתה גובה מן הקבלן והקבלן הולך אלל היתומים מה בכך הרי אינו נפרע מהם עד שיגדלו עכ"ל וכן כתב במיוחסות סי' ע' וז"ל הילכך אפי' אתה גובה מן הקבלן והקבלן הולך אלל היתומים מה בכך הרי הקבלן אינו נפרע מהם עד שיגדלו שאפי' בקבלן עצמו אנו חוששים שמא לא התפיס הלוה גררי וכדמשמע לכאור' התם בפרק ג"פ וכו' ואם כן מה הפסד ליתומים וכו' ע"ש משמע דאם הקבלן דינו לפרוע מהיתומים מיד אין נזקקין לגבות מהקבלן כיון דאיכא הפסד ליתומים דהמלוה לא היה גובה מהם עד שיגדלו והקבלן גובה מיד :

י"ב וכן נפרעין מהם כתובת אשה וכו' ואם נאבדה הכתובה ואין יודעים כמה הסך מקבלין העדות בפני הקטנים ה' דרכי נועם חא"ה סי' מ' :

י"ג המלוה נפרע מהגדולים חלק המגיע להם וכו' כ' ה' חוקו' הדיינים סימן ק"ט וז"ל אבל אינו גובה מנכסי הקטני' אע"פ שהגדולים מודים שאביהם היה חייב אינן נאמני' כדי לגבות מנכסי הקטנים דשמא קנוניא עשו ביניהם אבל אם עדיין לא חלקו גובה מאותם נכסים

נכסים כ"כ מור"י בתשו' ואין נר' כן מתשו' הרשב"א ח"ב סי' שס"ד שהבאתי לקמן סי' ע"ז ע"ש :

י"ד המלוה נפרע מהגדולים חלק המגיע להם וכו' והרדב"ז ח"ג סי' תקי"ז פסק דגובה אף חלק הקטנים וכן נ"ל דהרשב"א חולק על הטור ע"ש וכן ראיתי להמב"ט ח"א סי' קנ"ה שכ' דהא דאמרינן דבשלא עשאה אפותיקי דגובה מכל א' חלקו היינו כשהם גדולי' כולם אבל כשיש קטנים שאינו יכול לגבות מהם הוי כאשתדוף וגובה הכל מן הגדולים דלא עדיפי מלקוחות דהוו משועבדי שכ' הרשב"א דגובה מהם במקום יתומים קטנים ע"ש ונעלם מהם תשו' הרשב"א ח"ב סי' שס"ד שכ' דאין גובי' חלק הקטנים אפי' יודו הגדולים לב"ח שהם יודעים שלא נפרע ואפי' אמרו שהודה האב בפניהם וכו' דלא אשכחן בערכין דנזקקין לנכסי יתומים אלא בכתובה וכו' ע"ש וכ"כ בסי' שפ"ה והובא בב"י ע"ש וכ"כ בעה"ת שער ס' בשם הרמב"ן וז"ל דנ"מ אי הוו תרי או תלתא אחי חד מנייהו גדול ותרי קטנים ואמר גדול איני רוצה בירושת אבי אלא יהא הכל לאחי הקטנים כדי שלא נהיה מזקקים להם בעודם קטנים וכו' אין שומעין לו ופורע חלקו ממ"ש עכ"ל וכ"כ התוס' בבתרא דקכ"ד בד"ה ואם וכו' בשם ר"י וכן הר' יונה הובא בש"מ שם הרי דהתוס' והר' יונה והרמב"ן ובעה"ת והרשב"א ס"ל כהטור דאינו גובה חלק הקטנים ועיין בטור סימן רע"ח וכ' מהרי' כאהן בתשו' סי' ע"ג דה"כ אם היה גדול וקטן מקבלין עדות על חלק הגדול ולא חלק הקטן עש"ב :

ט"ו כתב ה' כנה"ג אות כ"ב בשם ה' אחיו דאם תפס בפני עדים אחר מיתה לא אמרי' מגו דהחזרתי ליתומי' קטנים דלאו בני חזרה נינהו והסכים עמו מהרימ"ט סי' ל"ז ע"ש וכ"כ הפרישה בשם י"ש ס"א דלא שייך החזרתי דלמי החזיר עיין שם אבל ה' מחנה אפרים ה' שומרים סי' ט' כ' דאם הקטן הגיע לעונת הפעוטות יכול להחזירו לו וכ"כ הריב"ש סימן ד' ודלא כמהרימ"ט עיין שם וכן כתב הרדב"ז ח"ב סימן תרכ"ו דהרשב"א איירי כשלא הגיע לעונת הפעוטות ע"ש וכן מבואר בתשו' הרשב"א שהביא ה' כנה"ג בסי' ר"ן אות ק"א שאם הגיע לעונת הפעוטו' טוענין' ליורשי' שמא מסר לו מעות ללמדו מו"מ וכ"כ במיוחסות סי' פ"ז עיין שם ובב"י סי' רכ"ג הביאו עיין שם והתוס' ריש גיטין בד"ה שאם וכו' כ' דאפי' לא טעני' ליורשי' מזוייף טעני' להו פרוע כיון שהוא עצמו יכול לטעון פרוע במגו דמזוייף כמו בשטר כיס דלא טענינן להו נאנסו וטעני' להו החזרתי ע"ש אלמא אע"ג דטענת מזוייף ונאנסו לא שכיחי ולא טענ' להו ליורשים מהני לענין מגו החזרתי ליתומים קטנים דטוענים להם ליורשים כל שכן דמהני לענין מגו וכה"ג כ' מהרימ"ט ח"א סימן כ"ו עיין שם וגר' דמהרימ"ט אזיל לטעמיה שכ' בח"א סימן ס' דלא טעני' ליורשים שמא החזיר אביהם מעות היתומים והביאו ה' הכנה"ג בסי' ק"ח וכבר כ' ה' עלמו בח"ב אות ד' תשו' הרשב"א שכ' בסי' ר"ן מבואר דטוענים ליורשי' שמא החזיר אביהם עיין שם א"כ כ"ש דמהני לענין מגו מיהו א"ל דהרשב"א דס"ל שם דטוענ' ליורשי' נאנסו אע"ג דלא שכיחא ה"נ טוענ' החזרתי ליתומים אע"ג דלא שכיחא אבל למ"ד דאין טוענ' ליורשים נאנסו וטענה דלא שכיחא אפשר דה"נ החזקתי ליתומים קטנים מילתא דלא שכיחא היא אבל לענין מגו נראה דמהני כמו בטענת מזוייף ונאנסו דלא טעני' ליורשים ומהני לענין מגו כמ"ש :

ט"ז דין ב' דאין נפרעים מהקטנים וכולי אם הנכסים ביד אחרים ודאי שיכולים בית דין לעכב הממון עד שיגדלו ואפילו אם הנכסים ביד היתומי' יכולים ב"ד לעכב או שיניחום ביד שליש עד שיגדלו אם נראה לב"ד שהיתומים יבזבזו הנכסים ויכלון מהרי"ק"ש בספר אהלי יעקב סימן ל"ה :

י"ז שמא התפיס אביהם גררי וכולי דלא קי"ל כמ"ד טעמא דפריעת ב"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו דלדידיה אפילו תפס גזל הוא בידו אלא קי"ל כמ"ד דטעמא משום גררי כדפסקי' בסוף בתרא וכן סבר רבה בר שרשום כמ"ש הרא"ש בפ' ח"ה ע"ש והתו' בפ' מ"ש דקנ"ח בד"ה ובה"א וכו' כ' בשם הר"ש דבמת פתאום לא חיישינן לגררי וכ"כ מהר"ם בתשו' הקצרות סימן קע"ב ובתשו' השייכי לס' משפטים סימן ה' וכתב הרא"ש בתשו' כלל ס"ה אנו סומכים על תי' זה וכן היה דן רבנא מאיר והיה נותן שעם לדבריו לסמוך על אותו תי' יותר והביאו הב"י אה"ע סימן ל"ו ע"ש וכ"כ הרב פ"מ ס"ק ס' עיין שם וא"ל דביתומים קטנים חיישינן טפי כמ"ש התוס' בכתובות דל"ב בד"ה ראובן וכו' בכ"ד תימא הו"ל ולא זקפו ליכא למיחש לגררי וא"כ למ"ד טעמא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים א"כ רבית הוכלת בהם משום גררי מבכחת לה דנזקקין כמו ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ולא זקפו עליו במלוה ימות וכולי וא"ל דבי נהי דיתומים גדולים לא חיישינן לגררי כה"ג ביתומים קטנים חיישינן טפי עכ"ל וא"כ הא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים א"כ יש רבית משום גררי הא מבכחת לה דזקקין דבמת פתאום נהי דביתומי' גדולים לא חיישינן לגררי במת פתאום ביתומים קטנים חיישינן טפי מיהו בפ' שום היתומים פירש"י שמא אביהם נתן לב"ח כסף או זהב במשכון בשעת מיתה ולא הספיק ליטול השטר מידו וכולי וכ' מרן הב"י אה"ע סימן ל"ו בשם מ"ך משמע דקידם זמן ארוך אין לחוש לכך ואפי' חלה ונתיירא למות כיון שנתרפא חזר ונטל הגרני וא"כ אם מת מיתה חטופה או נטרפה דעתו אין לחוש לגררי ע"ש א"כ אפילו מיתומים קטנים גובה ולא חיישי' לגררי במת פתאום וכן פסק ה' משפט לדק ח"ב סי' ל' ע"ש וכ"כ מהרשד"ם חא"ה סימן קל"ב ע"ש ולפ"ז ניחא לכאורה מ"ש הרמב"ם ברפי"ד מה' מלוה והסמ"ג עשין ל"ד שכ' והנפרעין מן היורש בין קטן בין גדול לא יפרע אלא בשבועה וכולי דמיירי בדליכא חשש לגררי כגון שמת פתאום דגובה אפילו מיתומים קטנים בשבועה אבל ק' דבפרק שום היתומים פריך לרב אסי ממתני' ודחק לאוקמי' בנכרי שקבל לזה ולא קבל לזה וא"א לאוקמי' במת פתאום דלא חיישינן לגררי ול"ל דסבר דטעמא בר"פ דהא במסקנא משני כשחייב מודה וכה"ג הוכיחו התוס' בבתרא דף ה' בד"ה ואפילו וכולי דמשום חשש לגרי אין גובי' מיתומים קטנים אפילו בתוך הזמן מדלא משני הכי בפרק שום היתומים והסמ"ג עשין ל"ד דחה דר"י סובר כן אבל אנן לא קי"ל כוותיה אלא כר"ל עיין שם באורך ואם כן אמאי לא מוקי לה במת פתאום דלא חיישינן לגררי אלא נראה דסבירא ליה דאפילו במת פתאום חיישינן לגררי לגבי יתומים קטנים ודוקא גבי אלמנה כתב דלא חיישי' לגררי במת פתאום אבל ביתומים קטנים חיישינן טפי וה' משפט לדק בתשו' שכ' דגם התוס' והר' יונה סבירא להו הכי עיין שם ליתא כמ"ש דא"כ אכתי לוקי מתני' במת פתאום והרי הרא"ש כתב בשם הר' יונה דמשכון עביד איניש דמתפיס אף בתוך הזמן ואף בשעת הלואה עיין שם א"כ דחיישינן לגררי דמתפיס בשעת הלואה ולא בשעת מיתה

דוקא

דוקא ואפילו במת פתאום חיישינן ודוקא באלמנה חיישינן לגררי שמתפיס לה בשעת מיתה כדי שלא תתבזה בב"ד אפילו לגבי יתומים גדולים ובמת פתאום לא חיישינן אבל לגבי בעל חוב דלא שייך ה"ט לא חיישינן אלא ביתומי' קטנים חיישינן אפילו חששא רחוקה שמא התפיס לה לגררי מחיים בשעת הלואה ואם כן אפילו במת פתאום חיישינן מיהו כבר כתבתי בסימן ע"א סק"ך דפ' שום היתומים דפריך לרב הכי ממתני' הומ"ל במת פתאום כמ"ש בעל התרומות שער י"ד סח"א דיש שהוכיחו באינו גובה מהם כשמת תוך זמנו אפילו בשבועה מההיא דערכין וכולי ומסתברא דחדא מינייהו נקט וה"ה לאחרים עיין שם והתוס' דכתובות שהק' דהא מכחשת לה ד"א חיישינן לגררי כגון ראובן שמכר לשמעון באחריות ולא זקפן עליו במלוה וכולי ותי' רבי דביתומים קטנים חיישינן טפי כ"כ משום דהכי ס"ל דגם בתוך זמנו אין נזקקין כמו שהוכיחו התוס' בבת"א דף ה' בד"ה ואפילו וכולי דמשום חשש לגררי אין גובין מיתומים קטנים אפילו חוב בתו"ז מדלא משני הכי עיין שם אבל לדידן דחוב שבתוך זמנו גובה מיתומים קטנים וצ"ל דבפרק שום היתומים הו"מ לאוקמי מתני' בהכי אלא חדא מנייהו נקט ה"נ הו"מ לאוקמי מתני' במת פתאום דלא חיישינן לגררי וכן כתב מהר"ם מינץ סימן נ"א דמת פתאום ליכא למיחש לגררי וגובה מן היורשים וכו' דה"נ בפרק כל הנשבעי' לוקי הכי ושמא חד מתרי טעמי נקט וכו' עי"ש מיהו בפרק שום היתומים אמר רבה טעמא משום שובר וכ"כ הרי"ף והרא"ש בפ' אלמנה ניזונת והרמב"ם בפי"ב מהלכות מלוה כ' טעם זה שמא יש להם ראיה ששוברים בו את השטר וכולי עיין שם וכן כתב הרב חוקות הדיינים סימן ק"ט דטעמא משום דחיישינן דשמא יש לאביהם שטר מחילה עיין שם אם כן אפילו מת פתאום אין גובים מהם מה"ט ועיין במהרש"ך ח"ג בליקוטי סימן ח"י שנראה דאפילו במת פתאום חיישינן לגררי ואין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אלא שכ' בב"ד ליכא למיחש לגררי בקטנה כמו שהוכיח מהר"ר דוד בן נחמיאש מדאמרינן בפרק בתרא דכתובות דאתמר רב אמר פוסקין מזונות לא"ת ושמואל אמר אין פוסקין מ"ט ר"ז אמר אימור לגררי אתפסה וכולי וג"מ לקטנה דלא עביד אינש דמתפיס לגררי לקטנה עיין שם וכבר כתבתי דהרי"ף והרמב"ם והסמ"ג והרא"ש והרב חוקות הדיינים כ' טעמא דאין נזקקים לנכסי יתומים משום שמא יש להם ראיה ששוברים בה את השטר וכולי וכן כתב מרן בתשו' בספר אבקת רוכל בסימן קל"ה על שבא לגבות שטר חוב מיתומים קטנים במקום דליכא למיחש לגררי מאחר דרבה אמר טעמא משום שובר וכן כתב הרי"ף וכולי הכי נקיטי' וה"נ כבר אפשר שכתב המלוה ללוה שובר וכולי ומטעם זה כתב הרמב"ם בפי"ב מה' מלוה וכולי יורשים קטנים אין נפרעין שט"ח אפילו היה בו כל תנאי וכולי שמא יש להם ראיה ששוברים בו את השטר וכולי וגם הסמ"ג והרא"ש בתשו' והטור ור' ירוחם כ' כדבריו עיין שם וכן כתב מרן בסימן ק"ח ס"ג כל' הרמב"ם עיין שם וא"כ אפילו בקטנה דליכא למיחש לגררי אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים שמא יש להם ראיה ששוברים בו את השטר אבל הטור בסימן זה שכ' שמא התפיס אביהם לגררי וכ' מהרש"ח בתשו' סי' נ' יש לראות אמאי לא הזכיר טעמא דשובר כמ"ש כל הפוסקים ואפשר כיון דלא נ"מ מידי לענין דינא לא הזכירו עיין שם וליתא דהא נ"מ במקום דליכא למיחש לגררי ונראה משום דאזיל לטעמיה דבא"ה סימן נ' גבי

נפל הבית עליו ועל אביו וכולי כגון שייחד לה נכסים לכתובה' שא"ן לישבע וכולי דס"ל דאפילו מת פתאום חיישינן לגררי ודוקא כשייחד לה נכסים לכתובתה הוא דא"ן לישבע עיין שם בהב"ח ובית שמואל שם ובסימן נ"ו ס"ק כ"ד והפרישה בסימן ק"ח כתב וזה לשונו קטנים וכולי לקמן רס"י ק"י כ' הטעם דחיישינן שמא אביהם התפיס לגררי למלוה ואין מועיל אפילו נאמנות בשטר שמא נתן לו שובר וכולי עיין שם הרי דגם הטור סבירא ליה טעם זה גם בעל העיטור בדיני ערב סוף דף ס' כתב וזה לשונו וק"ל מ"ט לא אמר דאיכא בינייהו גדול למ"ד משום מלוה איכא ולמ"ד משום לגררי ליכא דלא מתפיס אינש בגו זמניה וכולי ומסתברא דלא חיישינן דהא ידעי במילי דאבוהון והילכך לא הול"ל איכא בינייהו גדולים ומת בגו זמניה ליכא בין למר ובין למר בגדולים נזקקין ובקטנים אין נזקקין והא דקיימא לן הילכתא כר"ל בגדולים אבל בקטנים מת בגו זמניה לא גבי משום מלוה ומשום לגררי דהא גבי אלמנה דהיא תוך זמן חייש' לגררי אבל רבה דאמר משום שובר לא שנא גדולי' ולא שנא קטני' גבי וכן הילכתא עד כאן לשונו הרי שכ' דלטעמא דלגררי אין גובים מיתומים קטנים אפילו בתו"ז דבתו"ז נמי חיישי' לגררי אבל לרבה דאמר משום שובר גובים אפי' מיתומים קטנים וכן הילכתא והתוס' ריש בתרא בד"ה ואפי' מיתומי' וכולי שכתבו וז"ל נראה דביתומים גדולים איירי אבל ביתומים קטנים לא גבי אפילו בתו"ז לר"פ וכולי ואפילו לרב הונא בריה דר"י דמפרש טעמא משום לגררי לא גבי מיתומים קטנים אפילו תו"ז וכולי דחיישינן לגררי אפילו בתו"ז בקטנים וכולי וכ"כ הר' יונה והרא"ש חלק עליו מטעם דלא שכיח כלל להתפיס לגררי בתו"ז עכ"ל ואפשר דס"ל הכא דגם רבא מודה לטעמא דלגררי אלא דחיישי' נמי לשובר אפילו במקום דליכא למיחש לגררי ואיברא שהתוס' בערכין כ' וז"ל ואיכא בינייהו בין רב הונא בריה דר"י דאמר משום לגררי ובין רבא דאמר משום שובר היכא שמסר שטרותיו לאדם א' בפני עדים ואמר דאין לו שום שטרות כי אם אותם שמסר לו דהשתא לשובר ליכא למיחש וכולי אבל לגררי איכא למיחש עכ"ל נראה דס"ל דרבא לא ס"ל טעמא דלגררי ופליגי היכא דליכא למיחש לשובר לרב הונא אין נזקקין ולרבא נזקקין אבל התוס' בבתרא אפשר דס"ל דרבא מודה לטעמא דלגררי ובחששא דשובר הוא דפליגי ואיכא בינייהו מת פתאום דלא חיישינן לגררי וחיישינן לשובר לרב הונא נזקקין ולרבא אין נזקקין וכן ראיתי להגד"ת שער י"ד שכ' דרבא מודה לרב הונא ומוסיף חששא דשובר ואיכא בינייהו בדאיכא נאמנות גם על היורשים דלרב הונא נזקקין דלא חיישינן לשובר ולא לגררי כיון שהאמינו ולרבא דחיישינן לשובר אין נזקקין עיין שם באורך ואף שאין דבריו מוכרחים מ"מ אפשר דהתוס' דבתרא והר"י והרא"ש ס"ל הכי וגם התוס' דערכין שלא כתבו דאיכא בינייהו מלוה בתו"ז לרב הונא אין נזקקין דחיישינן לגררי אפילו בתו"ז ולרבא דלא חייש לגררי נזקקין דהא בתו"ז ודאי דלא חיישינן לשובר נראה דלא ס"ל כהתוס' דבתרא אלא דאפילו לרב הונא בתו"ז לא חיישינן אפילו לגררי אבל התוס' דבתרא ס"ל דאפילו בתו"ז חיישינן לגררי ורבא מודה לטעמא דרב הונא ומוסיף דחיישינן גם לשובר וכ"כ הטור אין נזקקין ליורשי' יתומי' קטנים וכולי הטעם וכו' אפילו יש נאמנות בשטר וכולי וכ' הפרישה ר"ל אפילו על יורשיו דאכתי איכא למיחש דילמא פרעיה וכתב עליה תברא וכ"כ בסימן ק"ח ע"ש אלמא חיישינן לשובר והטור שם כ' אח"ך וטעמא דאין

נפרעין

נפרעין מן הקטנים משום דחיישינן דשמא אביהם התפיס למלוה צררי ע"ש נראה דס"ל דמודה רבא דחיישי לצררי אלא דמוסיף חששא דשובר לענין דאפילו האמינו לגבי יורשים אין נזקקין ומכל מקום קיימא לן כרבא דחיישינן לשובר אפילו במקום דליכא למיחש לצררי אין נזקקין אבל ראיתי להרמ"ה בפ' ג"פ סימן קל"ג שכ' וז"ל דקיימא לן כרבא דחיים לשובר ואפילו במלוה בשטר אין נזקקין וכו' ואע"ג דלית' לדרב הונא ברי דר"י בהא וכו' אבל כי דיניה ילפינן מינה לדינא אחרינא דאפילו היכא דקיימא לן בעלמא נזקקין ליורשים יתומים אי איכא ריעותא למיחש לצררי אע"ג דלא אלימא למיחש לה בגדולי' אלימא למיחש גבי קטנים וכולי כ"מ להדיא דקיימא לן דלכתובת אשה נזקקין וקיימא לן נמי דאפילו במקום שכותבי' כתובה הוליאה גט ואין עמו כתובה וה"ה גבי אלמנה בעדי מיתה אע"ג דלא נקט' כתובה גביא עיקר ה"מ בגדולים אבל בקטנים כיון דאיכא ריעותא דהא מקום שכותבי' כתובה הוא ולא נקט' לכתובה בידה דינא הוא למיחש לצררי ולא גבי' מידי עד דגדלי יתמי עכ"ל הרי דס"ל דקי"ל כרבא וקי"ל נמי כרב הונא בריה דר"י דחיים לצררי גבי יתומים קטנים או אפשר שזה דעת התוס' והר' יונה דס"ל דמלוה בתו"ז אע"ג דליכא למיחש לשובר אין נזקקין משום דחיישינן לצררי ומהריק"ם בתשו' בס' אהלי יעקב סימן פ"ג כ' בנ' שהיו סחורות מעוכבות בב"ד דלא חיישינן לצררי ולא לשובר גובים מהקטנים עיין שם וה' פ"מ ח"א סימן ס' נסתפק בראובן שיש לו שט"ח על שמעון והמחהו להקדש והשטר עדיין נשאר כתוב על שם הממחה ומת שמעון פתאום אם גובי' מיורשיו דאפש' דלא חיישינן ג"כ לשובר דאי חיישינן שמא פרע להקדש ע"י שובר:

י"ח דין ג' נזקקין לנכסי ערב אע"פ שהיתומים קטנים דעת הרז"ה בפ' ג"פ דאין נזקקין לנכסי ערב דאין הערב חייב אלא במה שחייב הלוה עיין שם וכ"כ הר' יונה בעליות בס' א"ז שם וז"ל וכ"ל דהא דנקט מקמי דלודעי' ליתמי משום דלרב הונא בריה דר"י דהילכת' כותיה משום חששא דצררי הוא דאין נזקקין לנכסי יתומי' אף הערב אינו חייב לפרוע דעד דקאי לוה בהדי מלוה לדינא ומתחייב לו בדין וליכא לאשתלומי מניה אין דין המלוה על הערב וכו' עיי"ש ונראה דס"ל להרז"ה והר' יונה כדעת הרא"ש דאין נזקקי' לנכסי הערב כיון שהיתומים פטורים בעודם קטנים אבל מן הקבלן גובה והתוס' בר"פ הנזקי' בד"ה אלא וכו' כ' וז"ל והכא מיירי בדלית ליה זוזי דאי אית ליה נזקקין אמאי בעדית כיון שיש ממון ליתומים דאפי' מיירי בקטנים דל"מ ערב לאשתעויי דינא בהדייהו מ"מ לא הו"ל לגבות כי אם מן הזיבורית כיון דא"ל נכסי ליתמי וכו' עכ"ל הרי דס"ל דאפי' היתומים וקטנים ויש להם נכסי' גובי' מן הערב מן הזיבורית מיהו אפשר דה"ד בקבלן אבל בערב אין נזקקין לנכסיו ולמאי דס"ד דמיירי בערב ופריך ות"ל דערב דכתובה לא משתעבד ל"מ למיפרך והא אין נזקקין לנכסי הערב משום דא"ל דמיירי ביתומי' גדולים אבל השתא דמיירי בקבלן מתוקמא אפי' ביתומי' קטנים וכן ראיתי להרשב"א בתשו' ח"א סי' תתקע"ג ובמיוחסות סימן ט' שכת' דנראין דברי הרז"ה אבל מסתברא דה"ד בערב גרידא אבל ערב קבלן נפרעין ממנו לאלתר ואין ממתינים ליתומים עד שיגדלו וכ"נ מדברי הרז"ה שכ' הטעם מפני שאין נפרעין מן הערב תחילה וכו' ע"ש וכ"כ הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' תשמ"ז דאם הוא ערב קבלן פשיטא דגובים ממנו והוא אינו חוזר וגובה מהיתומי' עד שיגדלו ואם הוא ערב סתם איכא פלוגתא והנכון דאין גובים ממנו וכולי ע"ש משמע דקבלן לכ"ע גובי' ממנו והריטב"א ס"ל הכי וכן עיקר ע"ש ומהריט"ן סי' ל"ד הוכיח מדברי הנ"י דאפי' אין נכסים ללוה אין גובי' מהערב ואפי' קבלן כיון דטעמא משום חשש פירעון שפרע אביהם בחייו ע"ש וליתא דלדעת הרמ"ה והטור ומכן בסי' ק"ח אם אין נכסי' ללוה אין לערב דין היורשים וגובי' ממנו בשבו' ע"ש בהסמ"ע ס"ק מ' ה"נ גובי' ממנו לאלתר בשבו' ולפ"ז א"ל דהתם בפ' הנזקין אי מיירי בקטני' ע"כ מיירי בדלית ליה דאי אית ליה אין גובי' מהערב אפי' קבלן אבל התוס' ס"ל דקבלן מיהא אפי' ביתומים קטנים ויש להם נכסים גובים ממנו ושו"ר לה' פני יהושע בחי' שם שכ' דמודה הרמב"ן כשאין נכסים דגובי' מהקבלן ופירש הסוגיא כן כמ"ש עיין שם וה' חוקות הדיינים סי' ק"ו כ' דגובי' מהערב אפילו יתומים קטנים ואפילו מת הלוה בחיי מלוה ואח"ך מת המלוה נפרעין מן הערב וכן נראה עיקר וכן דעת הר' יונה עיין שם וכבר כתבתי לי רבי' יונה דס"ל דאין נפרעין מן הערב:

ומז"מ דעת הרמב"ם נזקקי' לנכסי הערב אפילו היתומים קטנים וכתב מרן בס' ב"ה דסוגי' דעלמא כוותיה אזלא ע"ש וז"ל ה' חוקות הדיינים סימן ק"ו אבל מורי כ' דלא אמרו דאין נפרעין מנכסי יתומים בעוד שהם קטנים מפני שאין הדעת לחפש בין שטרי אביהם דשמא מחילה הניח להם אביהם על אותו שטר לפיכך אין נפרעי' מהם עד שיגדלו ויחפשו בזכותם והערב הרי הוא במקום היתומים והוא יכול לחפש בזכותו כמו יתומים אם היו גדולים לפיכך גובי' מן הערב אע"פ שהיתומי' קטני' אפי' שמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה נפרעין מן הערב וכן נראה שהוא עיקר וכן דעת הר' יונה עכ"ל הרי שהסכ"ס דנפרעים מן הערב אפי' היתומים קטנים ואפילו מת לוה ואח"ך מת מלוה נפרעי' יורשי המלוה מן הערב ול"ע ונראה דס"ל הכי מת לוה ואח"ך מת מלוה נפרעין מן הערב דאע"ג דהמלוה לא היה צריך לישבע מן הערב לא אמרי אין אמש"ל כמו בפוגם שטרו ומת דנשבעין היורשים שלא פקדנו וגובי' והכא נמי נשבעין היורשים וגובים מן הערב דלא אמרינן אין אמש"ל אלא דוקא במת לוה ואח"ך מת מלוה ובאו יורשי המלוה לגבות מיורשי הלוה:

וכתב ה' שבות יעקב ח"ב סימן ק"ן דאם הערב טוען בפי' שא"ל בחייו שנפרע למלוה אי התפיסו לצררי וכתב לו שובר אין נפרעין מן הערב עד שיגדלו היתומים אבל אם לא טען כן חששא רחוקה היא דא"א דפרע הלוה בחייו למה לא הודיע לערב לפטור אותו אלא ודאי שלא פרע ולכך נפרעין מן הערב וכ"ה א"כ אמאי נפרעי' מן היתומים עד שיגדלו נימא א"ה דפרע הו"ל להודיע היתומים קודם מותו אי מהא לא תברא דיתומים קטנים במילי דאבוהון לא ידעי אפילו הודיע להם בחייו דלאו בני טענות נינהו ועוד דלא ס"ד דעת' ונפלו נכסי' קמי יתמי כך איתא בהדיא בגיטין דף כ' עיין שם משא"כ בערב והוא מילתא דמסתבר מעלמו אף שאינו מבואר כן בדברי הפוסקים עיין שם ואיברא דהרא"ש בפ"ק דב"ב כ' וז"ל ושטר בתו"ז הבא לגבות מן הלקוחות כ' הרמב"ן בשם רב האי גאון דבעי שבועה ואפשר דחיישי' לפירעון טפי מביתמי משו' דה"א דפרעיה היה מלוה אביהם בשעת מיתה והיו היתומים או אפטרופוס שלהם טוענים לפני ב"ד שאביהם לוה שפרעו משא"כ בלקיחות דא"ל שלוה בשעת מיתה והלקוחות אינם יודעים מלוה דיטענו כן בב"ד והע"ש כ' הטעם דאביהם אינו

שם לטובת הלקוחות משום הכי לא פקדיה והש"ך השכים לטעם הע"ש עיין שם:

י"ט דין ו' קרק' בהית' בחזק' קטני' וכו' כ' המ"מ דאם היה הלה מוחזק אין מוציאין מידו ומקבלין העדות והלח"מ הקשה דא"כ מה יתרץ לקושי' התוס' אמאי לא מבטי דהרם בעל השדה מוחזק וכו' ונדחק לפ' דחזקת קטנים ר"ל בחזק' אביהם של יתומים ע"ש אבל בעה"ת שער י"ז הוסיף בדברי הרמב"ם ואוכל פירותיו וכולי וכ' שרב גד"ת משום דהיינו מפר' בחזק' קטני' של הרמב"ם מיחז' בחזק' מריבש אפי' אין מחזיקן בה עכשיו לכך כ' וא כ'ין פירותי' שהם מחזיקים בה בהכי' פירות ובכל הגהות השייכות באותה קרקע ע"ש וכ"כ הנמ"ר בשם ריב"א וז"ל אבל אם היה רבי ירמיה דר באותה בית וזה היה תובעו בב"ד שילא מביתו לא היינו מוציאין ר"י על ידי תביעתו של זה אע"ג דק"ל משולם דבית זה היה בחזק' אביהם מרום דר"י עכשיו א"ן להביא עדים שהרי הוא אינו מערער אלא מוחזק בבית וזה מערער עליו וכולי מחבור ר' אפרים עכ"ל וכ"כ בש' תמים דעים סי' ר"ה ע"ש כ"כ הג"א בשם ר"ת וז"ל שאם היה מוחזק להו כ"כ נתפיק' והכי יתכן ההיא דפ' ח"ה גבי רבה בר שרשום דמשמע דאי הוה מיען לקוח היה בידי הוה מהני ליה אע"ג שהיה לריך להביא עדים על כך והמאי הא אין מקבלין עדות שלא בפניו וכו' אלא ודאי אחר שרב"ש היה מוחזק בקרקע באותה שעה מקבלי עדים להחזיק בידו עכ"ל והרשב"א הביא בש"מ שם שדחה הראיה אבל הדין אמת ע"ש וכ"כ בתשו' ח"ב סי' שס"ב ע"ש וכ"כ הרא"ש בפ' חזקת הבתים והטור סי' קמ"ט וז"ל ואם החזיק בה ג' שני' וכו' ואם לריך להביא עדים על חזקתו מביאי' ומקבלין עדותם אע"פ שהיה המערער קטן וכו' קבלין כיון שהחזי' כראוי ועתה היא בחזקת' ע"ש הרי דכל הני רבוותא ס"ל דאם המוחזק הרי מקבלין עדי חזקה להחזיקה בידו. וכן השכים מהרש"ל בפרק הגוזל בתרא סימן ז' ותי' קו' התוספות עש"ב וכן מלאתי למרן בתשובות בספר אבקת רוכל סימן קכ"ז שהסכים כן ומוכח בהדיא מדבריו שם דבמי דמקבלין עדי חזקה ה"נ דמקבלין עדי ראיה ואפי' לא החזיק ג' שנים וכ"כ מה"ט שכתב ריב"ש דכל שאינו מערער אלא מוחזק בבית ואין לריך להביא עדים אלא משום ערעור הקטן מקבלין ואע"ג דלענין מגו אפילו עכשיו הקרקע בידו חשיב מגו להוציא וגבי שטר זייפא אינו נאמן במגו אלא משום דכבר זכה בקרקע דטענתו שלו' ואע"ג דחזר ואמ' שטר מזוייף הוא נאמן במגו דאי בעי קאי בטענתו הא' אבל בעלמא חשיב מגו להוציא כדמוכח מדברי הרא"ש בפ' ח"ה והטור בסי' ק"ן בשם הר' יונה וכן מבואר בדברי הר' יונה והרשב"א הובאו בש"מ בפ' ח"ה ע"ב ומ"מ לענין קבלת עדות חשיב להחזיק ואפילו לא החזיק ג' שנים מקבלין עדי ראיה שלו להחזיק בידו וכ"כ דעת המבי"ט ח"ב סי' קי"ג שכתב וז"ל ראובן החזיק בחנות א' של גוי שנה או שנתים ושמעון אפטרופוס היתומים של לוי הוליא שטר שלוי היה מוחזק קודם באותו החנות ששכרו מן הגוי וראובן טוען כי לוי בחייו מחל ונתן לו וכו' אם הל' הכתוב בשאלה כי לוי בחייו מחל ונתן לו וכו' שיעידו שאמר לוי ל' מחיל' ונתינ' אין לשמוע אפטרופוס של היתומים שום טענה על ראובן והחזקה של החנות היא שלו וכו' ע"ש וזה כעין נדון של מרן בתשו' שם משמע דס"ל דאפילו לא החזיק ג' שנים מקבלי' עדי ראיה שמחל לו או נתן לו וכ"כ ה' מבחא דרבותא סימן כ"ח דף קל"ה ע"ב דאפשר בזה טעמו

ע"ש אבל מלאתי למהרי"א סי' רי"ט שכ' על נדון זה וז"ל ועל השאלה השני' שהחזיק ראובן שנה א' או שנתים בחנות א' וכו' כיון שראובן לא החזיק שלש שנים בחנות בחיי אביהם ויש שטר ליתומים שהיא של אביהם ואפילו ראובן מודה ע"ז שביעא דחזקת החנות עומדת בחזקת היתומים ומה שרלה ראובן להביא עדים כנגדן אין מקבלין וכו' ע"ש הרי דס"ל דכל שלא החזיק ג' שנים הרי היא בחזקת הקטנים ואין מקבלין עדי ראיה שלו וכה"ג כתב המרדכי בפ' הנזקין גבי אמש"ל דלא אמרי' אלא להוליא אבל להחזיק אמש"ל ודוקא במטלטלי דשייך בהו תפיסה אבל במקרקעי לא משום דמיקמי לה בחזקת מרא קמא אא"כ מכרה לאחר מיתה והחזיק בה ג' שנים כה"ג חשיב מוחזקת ע"ש ועיין בתה"ד סי' ש"ל וכן מבואר בסי' ק"מ דמהני עדות השוכרים לומר שדרו בה ימים ולילות וכולי אפי' אם כבר פרעו שכר למחזיק אם יטעון המוחזק בב"ד קודם שיבא המערער שעידי השוכרים שדרו בה ג' שנים טענתו טענה וכו' ואע"ג דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד כיון דהשתא בשכר ואם יעידו מכות המערער יהיו נוגעין בעדות מקבלין שלא בפניו וכו' הע"ז וא"ל אמאי אילטריך לטעם זה הא בלא"ה יש לקבל עדו' המחזי' כיון שהוא הנתבע וכו' וי"ל דכאן קרקע בחזקת הבעלים כיון שיש לו עדות שהיתה שלו ממילא קרוי המחזי' תובע ע"כ לריך לברר חזקתו עכ"ל הרי אפי' הוא מוחזק אם לא נתברר' חזקתו ג' שני' אין מקבלין עדי חזקה:

גם מהרש"דם בח"מ סימן שע"ד דקדק כן מדברי הרא"ש והטור דדוקא כשהחזיק ג' שנים חזקה גמורה בחיי האב מקבלין העדות אבל זה לא החזיק בחנות ג' שנים וידוע שהיתה של אבי יתומים ורלה להביא עדים שאביהם מכרה או נתנה לו אין מקבלין עדות וכן כתב מהרש"ת בביאורו לסימן כ"ח והביאו הרב כנסת הגדולה שם הגהות ב"י אות מ"ג עיין שם וכן השכים ה' תורת חסד סימן קג"ה עיין שם אלא דמהרשד"ם כ' טעם אחר שכתב רבינו ירוחם בשם הרשב"א דאם היה ליתומים אפטרופו' על נכסיהם קודם לכן מקבלי' עדות בפני אפטרופו' וכה"י הוא הרשב"א לסמוך עליו וכ"ש דנראים דברים של טעם וכ"נ קלת לדקדק מדברי המרדכי בפ' השולח ועכ"ז א"ה דלא יספיק זה לכיף לאפטרופו' לעמוד בדין אלא אם קראוהו ב"ד וקבלו העדות בפניו הוי עדות עש"ב וכ"כ בחא"ה סימן קמ"ט עיין שם וא"כ א"ל שזה דעת ה. בי"ע אבל בתשו' מרן שם מבואר להדיא דמקבלין עדי ראיה אפילו לא החזיק בה ג' שנים מטעם שהוא מוחזק בבית וא"ן להביא עדים אלא מבום ערעור הקטן ולא משום דמקבלין עדות בפני אפטרופו' עיין שם וכ"נ עיקר ועיין בתשו' הרשב"א ח"ד סימן ד' ומלאתי להר"ה הובא בספ' א"ז לקמא דף ע"ל שכ' וז"ל ואע"ג דאמרי' בהגוזל בר חמוה דר"י וכו באגי התם דהוי עדות בחזקה וחזק' איכ' ראי' גמור' היא דאפ' היא דהכלא ג' שנים אע"ג דלאו דידיה וכו' הילכך כיון שאינו דבר ברור אין מקבלין על הקטנים וכו' וכן אתה דן בראובן שהלך למ"ה והשכיר ביתו לשמעון ובא לוי לב"ד לערער על אודות בית שהוא אכלה שני חזקה ויש עדים בדבר ויש עדים שהיתה של אבותיו של ראובן אין מקבלי' עדות וכו' שלא בפני ראובן דחזק' מילת' דספיק' היא וכו' אבל בדבר שאין ראוי לספק בו אחר שיעידו עדים כגון שהביא ראובן עדים ששמעון שהוא במ"ה נתן לו שדה זו ודאי שומעין לו ומקבלי' העדים והנין ושיטן מעשה כדברי ה' ומשתברא דהכא לא בעי' אפטרופו' עש"ב הרי דס"ל דמקבלין עדי ראיה

דהיה ואפילו הקרקע מוחזק ביד בעליה הא' ולא החזיק זה ג' שנים דכל דבר שאין לספק בו אחר עדות העדים מקבלין :

ב' מקיים השטר ומוליאין אותם מידם וכו' דמקיימי' השטר לגבי הקטנים כמו דמקיימים אותו שלא בפני בע"ד וכבר כתבתי בסימן ע"א דברי הרמ"ה דמקיימי השטר בת"ז לגבי הקטני' וגובי' מהם עיין שם וכן כתב בעל העיטור דס"ח וז"ל ותו רבה נמי דקאמ' משו' בוכר אי במלוה ע"פ מי כתבי' בוכר והו תפ"ל דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וכוי' אלא ש"מ בשטר קאמר ומקיימי' את השט' שלא בפני בע"ד ע"ש אלמא אפילו לגבי קטנים מקיימי' השטר וכן כתב הרש"ב בתשו' ח"ב סימן קנ"ט דמקיימי' השטר בפני הקטן וכן כתב בתשו' ח"ג סימן ר' והובא בב"י סימן ע"ח וסימן רפ"א עיין שם ודברי הרשב"א ופסק מרן בסימן ק"ח סי"ו שכ' ואפילו מתקיים השטר וכולי לפי שאין מקבלין עדות וכו' כבר כ' הב"ח דהתם בתרי דרגנים מדבר וכו' ע"ש ידלא כמהר"ם אלשיך סי' קל"ה שכ' דס"ל דאין מקיימין השטר על הקטן והביאו ה' כנה"ג שם דלא ראו תשו' הרשב"א וכן השבים מהרח"ש ח"א סימן ל"ב וסימן מ' וה' פמ"א ח"א סימן ס"ה עמ"ב וכ' ה' הב"ח דוקא שטר בעדים דקיום שטרות דרבנן דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד מקיימים שלא בפני בע"ד אבל כת"י דצריך קיום מדאורייתא' לא הקילו ודלא כהסמ"ע עיין שם וכן כתב הש"ך בסימן מ"ו סק"י דכת"י אין מקיימי' אותו שלא בפני בע"ד מה"ט דצריך קיום מדאורייתא' וכן מוכח מדברי הסמ"ע סימן ל"ה ס"ק ט' עיין שם וכן כתב בסימן ס"ט ס"ק י"ב עיין שם וה' בית דוד סימן י"ח תמה עליו מדברי הסמ"ע בסימן זה גבי קטנים שהודה מורישם בכת' וכולי דמקיימי' הכתי' להרמב"ם ומרן אפילו לאחר מותו וכולי עיין שם ונראה דלק"מ דלא כ' הסמ"ע אלא בכת"י הודאתו לדעת הרמב"ם משום דלא אמרו אין מקבלין אלא במה שהוא בחזק' אביהם ולא לוה בו והלה בא להוציא מידם כמ"ש המ"מ והביאו הסמ"ע סקי"ב דהא מקבלי' עדי לוה כ"ש דמקיימי' כת"י בהודאה אבל כת"י דחוב על אביהם שלא לוה בה מודה הסמ"ע דאין מקיימין אותו אחר מותו שהרי כ' דלהרא"ש מיירי שהוא ניכר נב"ד הא מקיימי' השטר שלא בפני בע"ד דדוחק לומר דלתשו' הרא"ש קאמר דס"ל דאין מקיימין אפילו שטר לגבי קטנים אלא נראה דגם לדעת הרא"ש בפסקיו דמקיימי' השטר לגבי הקטנים קאמר דאין מקיימין הכתי' אבל להרמב"ם מקיימי' הכל מטעם דלא גרע מעידי לוה דמקבלי' אבל כת"י דחוב על אביהם לכ"ע אין מקיימין וכן נראה לכאורה דעת מרן שכת' בס' ע' ויש מי שכתב שאין מקבלין אותה בפני אפטרופים והיכי משכחת לה וכולי או שכתב הוא עלמו לוהתו בכת"י הניכר לב"ד וכו' משמע דבעי' דוקא הניכר לב"ד ולא ע"י קיום וכ"כ הרב מנחה דרבותא בסימן ק"ח ע"ש אבל ראיתי למהרח"ש ח"א סימן ל"ב שכ' כ"ל ברור מדברי הב"י דמקיימי' הכת"י שכ' על הטור וניכר שהוא כת"י וכולי וז"ל יש לדקדק איך כ' שהם ניכר שהוא כתב יד מקקין הא בעי' שיהא מקויים מחיי אביו לפמ"ש הרא"ש בתשו' וכולי משמע דוקא להרא"ש בתשו' שכ'. שאין מקיימין את השטר שלא בפני בע"ד הוא דק' אבל לדעת הפוסקים דמקיימי' השטר וה"ה בכתב יד וכן כ' הרשב"א בתשו' ובעה"ת ור' ירוחם בשם הרא"ד כגון שלוה בכתב יד וכולי משמע דלא בעי' ניכר לב"ד עיין שם ומ"ש מרן

בש"ע הניכר לב"ד נראה דה"ד לדעת הרא"ש ויש מי שכ' הוא הרא"ש דאין מקבלין עדי לוה וגם אין מקיימין את השטר וה"ה בכתב יד אלא אם ניכר לב"ד דמגולא הוא מתקיים ואין כאן קבלת עדות כמבואר בב"י עיין שם אבל אנן לא קי"ל כהרא"ש בתרוייהו דמקבלין עדי לוה וגם הילא דאין מקבלין עדים מקיימי' השטר וכתב יד ומהרח"ש ח"א סימן י"ח הרחה פנים דכתב יד דלא בעי' קיום מחיי האב אפילו לדעת הרא"ש דעדיף משטר אבל לדידן דמקיימי' השטר וה"ה כתב יד וכן כתב מהרשד"ם סי' קצ"ו וז"ל ואע"פ י"ל דדוקא בקיום שטרות וכולי משום דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדות' בב"ד אבל בכתב יד נראה דניכא ה"ט וכולי מ"מ נראה דא"א לומר כן וכי לא ליסתמיט שום פוסק דלימא א' זה וכולי ועוד דלפי טעם הרשב"א וכולי לפי שהמקיים לא על מגה בשטר הם מעידים אלא על חתימת העדים א"כ ה"ה הטעם בקיום הכת' וכו' עיין שם הרי דס"ל הגם כתב יד מקיימי' וכן מלאתי להרשב"א במיוחסות סימן כ"ב. שכ' וז"ל דאפילו בחתם ידו אין אנו חוששין לומר עדייפי וכולי דלאחזוקי אינש בשקרא למיחתם בשטר לא מחזקי' דהא קי"ל קיום שטרו' דרבנן ומדאורייתא' ל"ן קיום ומ"ש חתם ידו וכולי עיין שם הרי דס"ל דחתם יד נמי א"ן קיום מדאורייתא' כמו שטר וכ"כ מקיימי' שלא בפניו והרשב"א סימן תקג"ב כ' הטעם דקיום שטרות דרבנן משום דאנו סומכים על החזקה' וחזקה שאין העדים חותמים על השטר אלא אם כן הם כשרים א"כ חזקה היא על בעל השטר שלא יחתים על השטר אלא עדים כשרים דחזקה אין אדם טורח ומזייף ומשום חזקה זו מדאורייתא' א"ן השטר קיום עיין שם וא"כ ה"ה בחתם ידו אמרינן חזקה שאינו מזויף וא"ן קיום מדאורייתא כמבואר בתשו' הרשב"א ובו"ר לה' מת"ת בה' עדות סימן י"ז הוכיח כן מדברי הרשב"א והריטב"א דחתם יד כשטר כמ"ש עיין שם ועיין בס' בתי כהונה ח"ב סימן כ"ג :

ב"א דין ז' וכן אם גזל מורישם וכו' כ' הש"ך ר"ל והודה ג"כ בכת"י קודם מותו וכו' ע"ש ולא דק דה"ד לדעת הרא"ש יהטור אבל לדעת הרמב"ם ומרן בגזולה מקבלין דלא אמרו אין מקבלין אלא במה שהוא בחזקת אביהם והלה בא להוציא מידם כמו שכתב המ"מ הביאו הסמ"ע ס"ק י"ב ע"ש :

ב"ב דין ח' אם לוה ב"ד או אפטרופים וכולי כתב הרדב"ז ח"ג סי' קמ"ט נאפטרו' שמכ' חובות שיש לאבי יתומים על הגוי לראובן במעמד ג' דהמכ' בטל וחוזר ראובן על היתומים לפ"ג דאין מזקקין לנכסי יתומים עד שיגדלו ה"ד בדבר שצריך עדים וראיה אבל בזה א"ן עדים וראיה דמקח בטל ותליו דאין מ"ג בגוי ועוד דלא אמרי' אין מזקקין אלא בדבר שבא מכח מורישם אבל בדבר שעשו הם עלמם לא אמרי' הכי אלא מעמידין להם אפטרופים ומוליאין אותם מידם ע"י עדים דאל"ת"ה לא שבקת חיי לכל בריה שילך הקטן ויתפוס בגזל אחרים ולא יכלו להוליא מידם עד שיגדלו וחזיר זה העיק' שבב' טעו בו אחרים עכ"ל ודבריו תמוהים דבקמא דף ט"ל גבי שור של קטן דאר"י במועד משלם מעליית יתומים ומי אר"י הכי והא אר"י אין מזקקין לנכסי יתומים אלא א"כ רבית אוכלת בהם או לכתובת אשה משום מזוני וכו' הזיק שאני וכ' התוס' בד"ה וכי"א וכו' וא"ת והא טעמ' דאין מזקקין משום דחיישי' לזכרי כדמפ' ר"ה בריה דר"י בפ' ג"פ והתם פסקינן הילכתא כוותיה והכא לא שייך

טעמא

טעמא דלגרי ורבא נמי דמפ' טעמא משום שיבר הכא לא שייך כלל וא"כ אמאי הוי דריב"ח טועה וי"ל דר"י קאמ' בכל ענין אין נזקקין בין במלוה הבאה מחמת עצמם ומשום דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וכו' ובין במלוה הבאה מחמת אביהם ואפי' בשטר מקויים אין נזקקין משו' שובר וגררי וכו' עכ"ל הרי דאפי' מלוה הבאה מחמת עצמם אין נזקקין משום דאין מקבלין עדות ומזיק שאני שלא ירבה להזיק נזקקי' לנכסיהם וכן כתב הרא"ש וגם' א"ז בשם הביא דברי התוס' שם וכ' ותלמידי הר"ף תי' דהכא פריך למ"ד התם טעמא משום דלא בני מעבד מלוה נינהו ע"ש ונראה דגם התו' ס"ל דר"י אדר"י דפריך למ"ד טעמא דיתמי לאו בני מעבד מלוה נינהו וכדפירש"י אלא דעיק' קו' דאמאי ה"י דריב"ח טועה אימא דסבר כמ"ד משום גררי ושובר כמ"ש מהרש"א שם וז"ל הרא"ש בפ' אלמנה ניזונת ור"י פי' דאין נזקקי' לנכסי יתומים אף במלוה הבאה מחמת עצמם משום דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד משום דהוה ק"ל מאי דאמרי' בפ' שור שנגח וכו' והבאת מאי עצותא דילמא הא דאין נזקקין משום חשש גררי הוא דמפרש כרב הונא בריה דר"י ופליג אדר"פ דאמר משום פריעת ב"ח מלוה ויתמי לאו בני מעבד מלוה נינהו וקי"ל הילכתא כר"ה בריה דר"י וכולי עיין שם הרי בהדיא דעיקר קו' ר"י היא אמאי משוי לדריב"ח טועה אימא דלא ס"ל דיתמי לאו בני מעבד מלוה נינהו אלא משום גררי כר"ה דקי"ל כוותיה או משום שובר כרבא דאמ' ה"ט וא"כ אפילו דבר שעשו הם עצמם אין נזקקי' לנכסיהם ל"מ למ"ד טעמא דיתמי לאו בני מעבד מלוה נינהו אלא אפילו למ"ד משום גררי או שובר אין נזקקין משום דאין מקבלין עדות שלא בפני הקטן מיהו אבל אם תפס הקטן מאחרים ודאי דמוציאין מידו כדאמרינן מזיק שאני וה"ט שלא ירבה להזיק כמ"ש הרא"ש שם מיהו הרמב"ן הובא בס' א"ז לכתובות דף ק' וז"ל ומסתברא דאם לוו ב"ד או אפטרופים לצרכי יתומים נזקקי' לנכסיהם כשהם קטנים וכולי ואפילו למ"ד פריעת ב"ח מלוה ויתמי לאו בני מעבד מלוה נינהו כיון דאפטרופים לוה עליה דידיה רמיא הך מלוה וכולי וכ"ש ב"ד עצמם שלוו לצרכיהם וכולי וכן כ"ל שאין במעשה יתומים בשלהם משום דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וכולי וכן עדי לוה מילי דיתומים הם וכולי ובמילת' דנזקקין וכולי מקבלי' עדים שללו בפני אפטרופס עיין שם (א"ה עכ"מ) :

ב"ג כתב ה' כרם שלמה סי' י"א בא' שנדר להקדש ומת דטוענ' על היורשים אביהם שאל לחכם והתיר לו נדרו דאם אביהם טען כן היה נאמן אבן נמי טוענ' ליורשיו וכן טוענ' שמא פרע דכמלוה ע"פ היא וכ"כ מהרא"נ"ח סימן ק"ז ומהר"ס אלשקר סי' ע"א דהנודר להקדש דינו כהדיוט דאינו גובה מיתומים אלא בג' דרכים עפ"כ וכ"ל דאין טוענים ליורש שאביהם התיר נדרו שהרי כ' הרמב"ם בפ"ז מהל' ערכין וז"ל המקדיש כל נכסיו ואח"ך גרש אשתו וכולי אינה גובה כתובתה עד שידירנה הנאה שמא קנוניא עשו על ההקדש ואין אומרים אלו רצה היה אומר בטעות הקדשתי וישאל על הקדשו לחכם ויחזור לו עיין שם והרדב"ז בס' יקר תפארת כ' הטעם משום דאין זה מגו טוב דמי יימר דמוזדמן ליה חכם ע"ש וה"נ לא טענ' ליורשים אבל ק' מדאמרי' בר"פ האשה רבה גבי הקדש אי דידיה משום דבידו לאתשולי עליה וכולי וכ' הריטב"א בחי' שם דלא אמרינן מי יימר דמזדקיק ליה חכם כדאמרינן בפ' כירה כיון דנדרים שני להו בג' הדיוטות ומילתא דשכיחא היא

עיין שם מיהו כבר כ' המח"א (א"ה עכ"מ והשאר מחוק וא"כ כתוב וכה"ג כ' מהרימ"ט) וכה"ג כתב מהרימ"ט ח"א סימן כ"ו באומר אל תפרעני אלא בעדים ומת הלוה דאין טוענ' ליורשים שמא פרע אביהם בפני עדים דמילתא דלא שכיחא היא שהרי כ' הרא"ש דה"כ דאינו נאמן כשאמר פרעתיך ביני לבינך במגו דאי בעי אמר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכי למ"ה דאין זה מגו טוב וכולי וא"כ ק"ו אם נאנסו דלענין מגו מהני לענין יורש לא טעני' ליה כגון זה דאף לענין מגו לא מהני כ"ש דלא טעני' ליה ליורשים ע"ש וה"נ דכוותה דטענת שאלה לא מהני לענין מגו וכל שכן דלא טענינן ליה ליורשים דלא שכיחא היא וגם הרמב"ן סוף בתרא בההיא דרב הונא ש"מ שהקדים וכולי שכ' דנאמן במגו דיכול לישאל דקיי"ל יש שאלה להקדש בין בפתח בין בחרטה וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סימן רל"ה ע"ש אפשר דמודה לענין יורש דלא טעני' ליה כמו בטענת נאנסו דמהני לענין מגו ולא מהני לגבי יורשים ועוד דהם ס"ל דטוענים ליורשים כל מה שאביהם יכול לטעון אפילו טענה דלא שכיחא כמ"ש לעיל אבל למ"ד דאין טועני' להם נאנסו וכל טענה דלא שכיחא ה"נ שאלה לא שכיחא וכ"כ הרמב"ם בה' נדרים דנדרי הקדש מצוה לקיימם ולא ישאל עליהם אלא מדוחק וכ' מהר"ס מינץ סימן ע"ג דה"ה נדרי צדקה ע"ש ועמ"ש בסימן רי"ב דין י"ז אבל ודאי טוענים להם פרוע ואינו גובה מיתומים אלא בג' דרכים וכן אין נזקקי' ליתומים קטנים אפילו בשטר דנדר והקדש כהדיוט כמ"ש מהרא"נ"ת ומהר"ס אלשקר וכן משמע בתשו' המיי' לס' משפטים סימן י"ד ע"ש וכן משמע בפ' שום היתומים דדחק לאוקמ' ברבית דגוי ובדקבל וכולי ולא מוקי לה בנדרי הקדש עיין שם :

סימן קי"א

א' דין א' אלא ממה שימלא ביד הלוה וכו' לכ"ע איכא שעבוד דאורייתא במטלטלי' בעודן ביד הלוה וכ"מ דנחתי' למטלטלי' לפרוע הב"ח אפי' שלא בפני הלוה מהריט"א נר"ו בס' קהלת יעקב דק"ד ע"ב ע"ש אבל מטלטלי' דיתמי דלא משתעבדי לבעל חוב אם הוא מדאורייתא או מדרבנן פלוגת' דרבוות' היא כמ"ש בסימן קי"ג עיין שם :

ב' אבל אינו טורף וכולי אפילו התנה המלוה בלוקח שלא יקנה לפי שחייב לו מנה בכת"י שיש בו נאמנות ואפילו ברר לו כן בעדים שלא פרעו אינו טורף מהרב אחי הט"ז בתשו' סימן א' עש"ב :

ג' ולא ממתנות שנתן וכולי (א"ה נראה קלא גמגום בזה הלשון אפילו הכי לא נמנעתי מלהעתיקו וסמכתי על הקורא שייטב אותו) נתן כל נכסיו בקנין לכאורה נראה דב"ח גובה מהם דנכסים שהם שלו קאמר ומה שחייב לאחרים לא מיקרי נכסיו וכה"ג כ' מהרשד"ם חח"מ סימן כ"ד בתנאי כתובה שאם ימית בנכסיו יותר מאלף זהובים יש לה לגבות כתובתה משלם וכו' דחובות שהוא חייב לאחרים פשיטא דלא מקרו נכסיו ונר' בעיני ראיה גמורה ממ"ש הרמב"ם בפ"ז מהלכות אישות האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאראך מאתים זוז וכולי לקח מעות בהלואה אינה מקודשת עד שיראנה משל עצמו וכולי הרי אפילו אמר משלי הלואה אינה כלום וכ"ש דאמר מנכסי דנכסי' שהם שלו קאמר ונכסי' שהוא חייב לא מיקרו שלו עיין שם ואיברא דר' ירוחם הביאו מרן הב"י

הב"י א"ה סימן ל"ח כ' בשם הרמ"ה וז"ל ע"מ שיש לי מאתים זוז ויש לו והם משועבדים לב"ח כיון דלא אקני ליה מעכשיו מקודשת ודאי ופסקו מור"ם שם סי"ח ע"ש הרי דאפילו שעבדן לו בפי' כיון דלא אקני ליה מעכשיו נכסיו מיקרי וא"כ אף המעות בעין כיון דקי"ל דמלוה להוצאה ניתנה וברשות לוה קיימא לחזרה ולאו נכסים מיקרי נכסיו ולא איתמר בגמ' אלא דמי עיסקא דקי"ל כרבא בפ' המקבל דאינו יכול להוציאה ואם מת לא יעשה מטלטלי' אצל בניו עיין שם אבל מעות הלואה דבידו הוא להוציאן ונעשו מטלטלי' אצל בניו דלא משתעבדי לב"ח נכסיו מירדו ואפשר דס"ל דאע"ג דבידו להוציאם והם כשלו לכל דבר מ"מ האומר נכסיו נכסים שהם שלו ממש קאמר ומעות הלואה שהם בעין לא מיקרו שלו אבל אם הם נכסיו אפילו חייב לאחרים ושעבד נכסיו לב"ח ס"ס נכסיו מקרו ולא כתב הרמב"ם אלא במעות ההלואה שהם בעין וא"כ אם נתן כל נכסיו בקנין אפילו היה חייב ונשתעבדו לבעל חוב אין בעל חוב גובה מהם אבל מעות הלואה שהם בעין אינם בכלל נכסים וגם' א"ז דמליעא דף ג' ע"ב גבי מה לפיו שכן אינו בהכחשה כ' הרשב"ן ז"ל דהא דאמרינן הכא דבפיו ליכא הכחשה היינו בעומד בדיבורו אבל אמר נזכרתי ועדים מעידים כדבריו עדותן מועלת וא"ת אי עומד בדיבורו מאי אולמיה דפיו דמתנה הוא דקא יהיב ליה והוא רוצה ליזוק בנכסיו הא ל"ק משכחת לה וכולי כגון שאחר שהודה לחבירו שחפץ זה הוא שלו נתן כל נכסיו לאחר בקנין והלה תובע חפץ זה שהרי עדים מגידים שהוא של נותן מתנה והרי הוא בכלל כל נכסיו והנותן אומר שהוא של התובע כמו שהודה לו שמעי' מהכא שכיון שמתחילה הודה לנתבע תו ליתיה בהכחשת עדים כיון שעומד בדיבורו והיינו אולמיה דפיו דמפקינן ליה לחפץ ממקבל מתנה ויהבי' ליה לתובע מפני הודאתו של זה אע"פ שאינו בידו ליתנה לו עכשיו שהרי ממ"נ אינו שלו אבל אמר נזכרתי אפילו בכה"ג נאמן כיון דהעדים מעידים כדבריו עכ"ל ונראה דס"ל דאם הודה שחייב לחבירו ואח"ך נתן מתנה כל נכסיו אפילו ודאי לא פרעו זכה מקבל מתנה בכל הנכסים אפילו חייב לאחרי' דנכסיו מיקרי כמ"ש ולכך פי' דמיירי בהודה שחפץ זה של פ' דפקדון כל היכא דאיתיה ברשות מאריה איתיה כיון שהודה קודם שנתן וגם אחר שבאו העדים עדיין עומד בדיבורו ומוציאין מיד מקבל המתנה אבל אם אמר נזכרתי כדברי העדים נאמן וכן קיי"ל בסימן ע"ט דאם אחר שהודה ואמר נזכרתי והרי עדים נאמן אבל אם לא חזר עד שבאו עדים והכחישוהו אינו נאמן ועיין בה' כנה"ג ח"מ סימן ל"ז בהגב"י אות ט"ל והטור סימן סי"ב גבי א"ל בית שתם וכולי כ' בשם הרמ"ה דאם היה למשכיר בית שלא היה משועבד בשעת שכירות לאדם אחר חל הקנין ולכאורה הוא הפך מ"ש רבינו ירוחם בשם הרמ"ה דאפילו הם משועבדים לאחר מיקרו נכסיו גם הרמ"ה בפרק המוכר את הבית סימן ע' גבי א"ל ארעא ודיקלי כתב וז"ל מיהו חזי ליה לרבי' האי גאון בס' מקח וממכר דגרים הכי ארעא ודקלי אי אית בה דקלי יהיב ליה תרי דקלי אית ביה ומשתעבדי פריק ליה תרי דקלי וכולי ונוסח' דגאון נוסחא נכונה היא דסמכא היא וש"מ וכולי וכן ראיתי למהר"י ן' מיגש בתשו' וכ"כ הרשב"א בחי' בפרק האומר גבי בית כור וכולי דקרקע שלו אפילו משועבד לבעל חוב שלו הוא דמסתמא מסלק ליה בזוזי ע"ש מיהו ראית מהרשד"ם ליתא דהתם משום דלא נתכוונה אלא לראות משלו והרשב"א בתשו' ח"ג סימן ק"ע הוכיח דהולכים אחר הכוונה אפי' הפך הלשון וז"ל וכאותה ששנינו בקידושי' בפרק האומר על מנת שאראך ר' זוז הרי זו מקודשת ויר'נה וכו' לא נתכוונה אלא לראות משלו ואפילו הראה לה משל אחרים אפילו דמשמע בעלמא אפילו כן כוונה זו שנתכוונה היא להראות לה משלו היא כוונה ברורה ומשכמת שהיא מבטלת הלשון והכוונה כמפרש כן ע"ש וכ"כ מהרא"נ"ח ח"א סימן ק"ט ע"ש א"כ הלשון משמע אף משל אחרים אלא משום דאומדנא דלא נתכוונה אלא לראות משלו והכוונה מבטלת דהוי כמפרש כן (א"ה עכ"מ) :

ד' אבל המלוה בשטר טורף מהלקוחות וכולי ראובן שיש לו בע"ח על שמעון ואחריו לוה מגוי ושעבד לו קרקע ורא"כ מכר הקרקע לישראל אחר ופרע לגוי ובא ראובן לטרוף הקרקע מהלקוחות וכולי :

כתב הרדב"ז בתשו' הביאה מהרימ"ט סימן ל"ח וז"ל ראובן שיש עליו כתוב' אשה וב"ח ומכר קרקע שהיה לו לגוי ואיתו גוי מכר הקרקע ההוא לשמעון ועתה באו אשה וב"ח לטרוף הקרקע משמעון וטוען שמעון אנא מכח הגוי קאתי' ואין לכם כח עם הגוי לפי שאין טירפא בערכאות וישראל הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי תשו' הדין עם שמעון דמ"ל לב"ח אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה כדאמרינן במי שאבדה דרך שדהו וכולי (א"ה עכ"מ) :

ה' אפי' אם אינו מפורש כן בשטר וכולי כתב הרשב"א בתשו' ח"ד סי' רי"ז בשטר שכתוב בו ושעבדתי לך מקרקעי אגב מטלטלי' וז"ל ואע"פ שאמר שהוא משעבד לו אגב מטלטלי לא גרע מהשעבוד סתם שאלו לא היה לו הקרקעות משועבדי' מן הסתם אא"כ פי' היה בדין לומר שלא נשתעבדו עכשיו לפי שלא שעבדם לו כראוי אבל עכשיו שמן הסתם משועבדים אף כשאמר אגב מטלטלי לא אמרינן שלא יבתעבדו אלא מדין אגב והילכך דל שעבוד מהכא הרי נשתעבדו לו ממילא ועוד כי זה ודאי נראה דטעות ידי סיפר דמי איכא מ"ד דלא ידע שאין קרקעות נקנין אגב מטלטלי' אלא ודאי ט"ס הוא לגבי שעבוד קרקעות מיהא עכ"ל ונראה דכ"מ אם שעבד לו קרקעות אגב מטלטלי למאי דקי"ל דאחריות דאקני מן הסתם לא משתעבד דאפ"ה אמרינן דט"ס הוא מה"ט דמי איכא מ"ד וכולי דקרקעות אין נקנין אגב מטלטלין (א"ה עכ"מ) :

ו' דין ב' הקדשות ה"י הם כמשועבדים וכולי כ' מהריט"ן סימן ר"י על ראובן שהקדיש כ"ת על תנאי שיוכל להוליכו עמו לכל מקום שילך ומת ובא ב"ח ותפס הס"ת מביתו וטען שהזכו' שהיה בו למת להוליכו לכל מקום שירצה מה שסנה אותו זכותו במעות הוא תופס וכן בנו טוען שירש אותו זכות מאביו פסק דקי"ל דטובת הנאה אינה ממון וא"כ אין לב"ח תופס ולא הבן יורש ועוד בתנאי זה שיוכל להוליכו לכל מקום שילך לא שייך אלא בעודו בחיים שיוכל לצאת ולבא אבל לאחר מיתה בטל זכותו אא"כ אמר ע"מ שיהיה לי זכות ולזרעי וכולי עיין שם וכן כתב הרדב"ז ח"ג סימן תקכ"ב דאין הבן יורש אביו עיין שם והרמ"ה בפ' המוכר את הבית סימן כ"ז גבי בן לוי שמכר שדה וכולי כ' וש"מ טעמא דאמר לי ולבני הא לא"ה אם מת אינו מחזיר לבניו וכו' וה"מ גבי מעשר דכי שיירי' למקום מעשר לאו לגמרי שיריה דא"כ במאי נפיק האי לוקח י"ת מחובת מעשר וכולי אלא שעבוד' בעלמא הוא דמשייר ביה וטובת הנאה דאית ביה הוא דשיירי' לנפשיה וטוב' הנא' אינ' ממון להורים' לבניו אלא היכא דשייריה בפי' וכולי וכן כתב בסימן ל' עיין שם

הרי

הרי שכ' דשיבת הגה"ה אינה ממון להורישה לבניו וכן כתב מהריק"ו ומהר"ם מפדוות ופסקו מור"ם בשס"י רע"ו ועיין שם והטור ימקן בסימן ר"ע כ' מכר שדה לראובן ושייר הפירות לעצמו קנה ואם מת אין לבניו כלום אא"כ פי' לי וליורשי עיין שם הרי דמשייר פירות לעצמו לא יירשו בניו אא"כ פי' לי וליורשי וא"כ פשיטא (עכ"מ) :

ז' דין ג' אם נתנו ללוי' מתנה ע"מ שלא יהא לבעלה חזקה בה וכולי שהלה על ראובן שהיה חייב למזון בשטר ואין בידו לפרוע לו ואמו כל ראובן ם לה קרקע כשימלוג ולהבריה מבטל חוב של בנה כתנה אותו במתנה לזרע בנה בין המנוי ובין שהיגו מגוי בין זכרים ובין נקבות כדי שלא יירש אותה בנה ויגבה ב"ח שלו ובזמן המתנה לא היה לבן רק בת אחר קטנה ואחר זמן נולד לו בן זכר ומתה אמו ובא ב"ח לגבות חובו מאותו קרקע מהו הדין הגה קי"ל דמציאת בנו ובתו הסמוכים על שולחנו אפילו הם גדולים ומציא' בתו נערה אפילו אינה סמוכה על שולחנו הם שלו :

תשובה הנה הרב הלקת מחוקק בא"ה סימן ל"ז נסתפק אם דומה לכסף קידושין או דוקא קידושין לאביה משום דאי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין אבל אם נתנו לה אחרים מתנה אין לאביה כלום ול"ד למציאה דידי דהוא האשה אף על פי שמציאתה לבעלה אבל המתנה הגוף לעצמה והבעל דוקא אוכל פירות עיין שם ולא דק דקידושין לאביה לאו מהאי טעמא דאי בעי מסר לה הלא מקרא דאין כסף לאדון זה אבל יש כסף לאביה אפילו נערה בקדשה עצמה קידושיה לאביה ובפ' קמא דקידושין אמרינן ואיצטריך למיתני קידושין לאביה ואיצטריך למהני מעשה ידיה לאביה דאי כ' קידושין לאביה הוה אמינא משום דלא טרחא בהו אבל מעשה ידיה דקא טרחא בהו אימא דידה הוו וכו' וכן כ' התוס' בכתובות דף מ"ו בד"ה זכאי וכו' וז"ל מדאורייי' ליכא למילף שתהא מציאתה לאביה כמו בקידושיה לאביה דשאני קידושין דלא טרחא בהו ולא דמיין דמעשה ידיה ומציאתה לא ילפינן מקידושין משום דהתם דאי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין עיין שם ומבמע לכאורה דמתנה איכא למילף שפיר מקידושין וכן כתב הרב בית שמואל עיין שם אבל ראיתי להריטב"א בח' לקידושין שכתב וז"ל וכ"ת אי מה"ט הו' נילף ממציאתה דהיא לאביה מדאורייתא דהשתא נמי אתיא לה מעצמה ולא טרחה בה וכו' וא"ל דל"ד מציאת' לקי' דדילמא בהני קידושין שהיא יוצאה מרשותו מש"ה זכי לי' רחמנא אי נמי דבהני מציאתה דלא שכיחא וכיון דל"ש לא זכי ליה רחמנא וכולי עכ"ל הרי שכתב דמציאה לא ילפינן מקידושין דשאני קידושין שהיא יוצאה מרשותו וה"ה מתנה ל"ד לקידושין מהאי טעמא וכן להאי שני דמציאה לא שכיחה לא זכי ליה רחמנא הכא נמי מתנה לא שכיח' היא ואיברא שהרב כנה"ג בתשו' ח"א סימן פ"ח כתב דמתנה שכיחא טפי ממציאה וכבר כתבתי בסימן מדברי התוס' בפרק הכותב ובפרק אז"נ שכתבו דמציאה ומתנ' לא שכיחא ולא טעינן להו ליורשים ע"ש ואם כן אפשר שכן דעת התוספות דמציאה ומתנה ל"ד לקידושין משום דעל ידי הקידושין מפקעת עצמה ממנו כמ"ש בס"ד וה"ה דתדא מחדא נמי פרכי' לה כדברי הריטב"א גם הרשב"א בחי' פר' נערה כתב וז"ל מציאתה משום איבה וכו' אבל מדינא לית לה דל"ד למעשה ידיה שהם באות מחמת גופ' ושבחא דגופה זכי ליה רחמנא ולקידושין נמי ל"ד דאינהו נמי מחמת שבח גופה הם אבל מציאתה דלאו מחמת שבח גופה הם דידה הוו אלא דרבנן תקנו משום איבה עכ"ל ואם כן מתנה נמי ל"ד משום דלאו מחמת שבח גופ' היא מיהו אפש' דמתנה שבח גופה היא כדאמרי' בפ' הניזקין דמתנה נמי אי לאו דאית ליה הנאה מניה לא יהיב לי' עיין שם ואם כן אפשר דלתי' התוספו' דהא דמציאה לא ילפינן מקידושין משום דקטרח' בהו הכא נמי מתנה טרח' בה מהאי טעמא דלא נתנו לה מתנה אי לאו דאית להו הנאה מינה וכבר דחה בספר באר היטב דברי הר' ב"ש דאי מתנה לאביה מה תי' התיספות מה להנך שאב נפסד וכו' הא א"ל מתנה הוכיח ועוד דאם כן נילף ירושה דלא טרח' מה מקידושין דהוי לאביה ע"ש ונראה דשאני ירוש' דממילא היא שלה שלא זכיה אבל מתנה דבעי זכייה אימ' דכל אביה דאין לה זכות לעצמה דכתיב' אביה דמיא וכן נ"ל לדעת רש"י דסבירא לי דמתנה שנתנו לה אחרים לאשה היא לבעלה כמציאתה ואילו בירושה הבעל אוכל פירות בלבד משום דירושה דממילא היא ועיין בס' שמחת יום טוב סימן א' :

ומ"מ נראה ודאי דמתנה לא הוי לרב מדאוריי' כמ"ש אלא גם מדרבנן נראה דלא זכה הרב אף על גב דמציאתה לאביה דהא אשה מציאתה לבעלה משום איבה ואפ"ה מתנה שנתנו לה אחרי' לעצמה אלא שהבעל אוכל פירות הלוות לא חששו לאיבה במתנה וה"ה נמי בבת דמציא' לאביה משום איבה במתנה לא חיישי' לאיבה ולא מיבעי' לפי' רש"י בפ' נערה דמציאתה לאביה משום איבה דמזונו' דומיא דאשה דמציאתה לבעלה משום איבה דמזונות אלא אפילו לדעת הפוסקים דמציאת הבת לאביה משום איבה שלא יקדשנה למנוול ומוכה שחין אבל מציאת האש' לבעל' משום איבה דמזונות היא אפ"ה אין חילוק בין איבה זו לאיבה זו וכבר כ' ה' בית שמואל סי' פ"ה ס"ק י"ב דס"ל דבמתנה לא חיישי' לאיבה כיון דהנותן אין רצונו ליתן לו ע"ש וה"נ בבת לא חיישי' לאיבה דשלא יקדשנה למנוול ומוכה שחין אלא במציאה ולא במתנה מה"ט וכן מוכח ממתני' דקתני האב זכאי במציאתה ובמעשה ידיה ואינו אוכל פירות בחייה יתר עליו הבעל שאוכל פירות בחייה וכו' וא"א דהאב זכאי במתנה א"כ יתר האב על הבעל דזכאי במתנות בתו גוף ופירות והבעל אינו זכאי בגוף המתנה אלא בפירות בלבד ומאי יתר עליו הבעל וכו' אלא ודאי דהאב אינו זכאי אלא במציאתה ולא במתנתה דומיא דאשה דבעלה זכאי במציאתה ולא במתנה אלא דיתר עליו הבעל דאוכל פירות אבל האב אינו זכאי בפירות בנו ורש"י שפי' במתנה דאינו אוכל פירות אם נפלו לה קרקעות בירושה מבית אמה וכו' אפשר דהוא אזיל לטעמיה דס"ל בפ"ק דקידושין ובפ' בן סורר דמתנה לאשה הוי לבעל גוף ופירות דאין קנין לאשה בלא בעלה דומיא דמצי' ע"ש ולדידיה ה"נ מתנה לבת הויא לאביה גוף ופירות ומתני' דקתני ואינו אוכל פירות בחייה ה"ד בירושה דממילא היא אבל מתנה דבעי' זכיה היא לאביה דאין לה יד לזכות לעצמה דומיא דמציאה אבל למאי דקי"ל דמתנה לאשה אין לבעל אלא פירות בלבד אבל הגוף שלה ה"נ מתנה לבת לא קנה האב כלל דדוקא הבעל אוכל פירות אשתו אבל האב אינו אוכל פירות בתו והטור בא"ה סימן פ"ה כ' וז"ל א' שנתן לה מתנה אפילו אמר לה ע"מ שלא יהא כלום לבעל אני נותן לך אפ"ה אוכל הפירות וכולי וכ' בהג"ה הפרישה ר"ל כשנתן לה א' מתנה סתם מיד שזכתה בה האשה קנאה בעלה דידו כידה וכשמוסיף לה ע"מ שאין לבעל רשות בה מוציא הגוף מרשות הבעל אבל הפירות הם שלו כנ"מ וכולי עיין שם וא"כ מתנה סתם לאשה קנה הבעל גוף ופירות ולית' שהרי כ' בפ"ג מה' זכיה וז"ל הנותן

מתנה

מתנה לעבד או לאשה קנה הבעל והאדון אלא שהאדון קונה לגוף והבעל קונה אותם לפירות נתן מתנה לאשה ע"מ שאין לבעלה רשות בה ולעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו קנה האדון וקנה הבעל וכולי עיין שם הרי דאפילו נתן סתם מתנה לאשתו לא קנה הבעל אלא רק הפירות והוסיף דאפילו נתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה קנה הבעל הפירות וכן כתב הסמ"ג עשין פ"ב עיין שם וכן כתב התוס' והרא"ש בפ"ק דקידושין והוכיחו כן מהירושלמי בפ' מציאת האשה דאמרו שם טעמא דמציאת האשה לבעלה שמא תגנוב לבעלה ותאמר מציאה מצאתי ופריך הגע עצמך מתנה ניחוש שמא תגנוב ותאמר נתנו לי מתנה ומשני מתנה יש לה קול ואי במתנה הוי הגוף נמי לבעל מה מרווחת לומר נתנו לי מתנה אלא ש"מ דבמתנה שנתנו לה אחרי' אין לבעל אלא פירות ע"ש הרי בהדיא דאפי' נתנו לה סתם הגוף שלה דהא אין קנין לאשה בלא בעלה ה"ד שהבעל אוכל פירות ואי ק"ל א"כ מה ראיה מהירושלמי נימא דפריך ממתנה שיכולה לומר נתנו לי ע"מ שאין לבעלה רשות בה או ע"מ לעשות בו כך דאין לבעל כלל וי"ל דס"ל כמ"ש הרמב"ם פ' כ"ב מה' אישות וז"ל הרי שנמצאו מעות או מטלטלי' ביד האשה היא אומרת במתנה נתנו לי וכולי הרי זה נאמנת ואם אמרה ע"מ כן נתנה לי ע"מ שלא יהא לבעל רשות בהם אלא אעשה כל מה שארצה עליה להביא ראיה שכל ממון שנמצא ביד האשה בחזקת הבעל הוא שיאכל פירותיו עד שתביא ראיה עכ"ל וא"כ הירושלמי לא מק' אלא ממתנה סתם שתאמר נתנו לי סתם דנאמנת אבל לא חיישינן שתגנוב ותאמר נתנו לי על מנת שאין לבעלי רשות דאין לו אפילו פירות דאינה נאמנת בזה וה' שדה יהושע שם כ' דהירושלמי מק' שתאמר נתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות או שתעשה כך וכך כגון שתלבשי וכו' דאין לבעל כלל ואמאי לא תקנו שתהא לבעל שמא תגנוב ותאמר כן עיין שם ולא זכר הרמב"ם דס"ל דאינה נאמנ' לומר כן וא"כ לא פריך אלא מסתם מתנה ונראה דהוא הדין דתקשה ממתנה שנתן לה בעלה שמא תגנוב ותאמר אתה נתת לי כמ"ש הרמב"ם שם דנאמנת ואין לבעל אפילו פירות אלא דבהא פשיטא דלא חיישינן דאין האשה מעיזה בפני בעלה ע"ש במ"מ אכ כן דעת הרמב"ם והסמ"ג והתוספות והרא"ש דאפי' במתנה שנתנו לה אין לבעל רק פירות וכן דעת הרמב"ן והריטב"א והר"ן בפרק קמא דקידושין עיין שם ובעה"ת שער ו' חלק שלישי סימן ב' כ' וז"ל דה"ג לה בירושלמי דקתני דאע"ג דאר"מ יד עבד כיד רבו ויד אשה כיד בעלה מודה שאין לו עליה אלא אכילת פירות בלבד וכ"כ הרשב"א בחי' בפ"ק דקידושי' עיין שם והירושלמי הוא בפר' מציאת האשה ופיר' המפר' דמתניתי' דקתני וירושתה הוא אוכל פירות בחייה יתירה היא ואשמעי' דאפי' לר"מ דאמר יד אשה כיד בעלה אפ"ה ירושה אין לו בה אלא אכילת פירות עיין שם וא"כ משמע דבעה"ת והרשב"א מדמי' מתנה לירושה כמו דבירושה אין לו לבעל רק פירות ה"ה במתנה וא"כ ה"נ בבתו דאין לאב בירושתה כלום ה"ה במתנה אבל רש"י דס"ל דאשה שנתנו לה אחרים מתנה לבעלה ס"ל דלא דמי והרשב"א בחי' לקידושין כ' שכן דעת רש"י ולא השוה מתנה למציאה לגמרי עיין שם וא"כ א"ל דה"נ דהנותן מתנה לבת לא קנה האב כלל דדוקא הבעל אוכל פירות אשתו ולא האב ורש"י שפי' ואינו אוכל פירות בחייה אם נפלו קרקעות בירושה וכו' נר' משום דבריש פ' מציאת האשה תנן ירושתה הוא אוכל פירות בחייה ופי' רש"י אם נפלו לה ירושה הוא אוכל פירו' בחייה וכו' לכך פי' כאן דקתני אינו אוכל פירות בחייה יתר עליו הבעל וכולי מיירי בירושה אבל לפי' ל"א ואם מתה בחייו יורשה א"ל הוא אוכל פירות בחייה מיירי בירושה ובמתנה שנתנו לה אחרים דהבעל אוכל פירות והאב אינו אוכל פירות בתו וע"ש בהתו' ובס' א"ז בס:

ואיברא דנראה דאם נתנו לה ע"מ שאין לאביה רשות בה דינו כדין העבד שפסק מרן בי"ד סימן רס"ז סעיף כ"ב דאם נתן לו רבו או אחר מתנה לא זכה בו אלא הכל לרבו בין גוף בין פירות אפי' א"ל ע"מ שאין לרבך רשות אא"כ אמר לו ע"מ שתצא בו לחירו' וכו' וכת' הש"ך וכר' דה"ה אם נתנו אחרים מעות לעבד ע"מ שלא יהא לאדון רשות בהם אלא שיהא הוא אוכל ולובש בהם לא זכה האדון כמבואר בסימן רכ"ב דמי שנתן מעות לבתו וכולי ולהרמב"ם שפסק שם דאם א"ל ע"מ שאין לבעלך רשות בו ומה שתרצה עשה בהם דמהני דה"כ אם אמר לעבד ע"מ שאין לרבך רשות בו ומה שתרצה תעשה בו דמהני דהא וכולי עיין שם וכן כתב בהדיא הרמב"ם בפ"ג מה' זכיה דין י"ד עיין שם וה"נ אם נתנו לבת ע"מ שאין לאביה רשות בה הכל לאביה אבל אם א"ל ע"מ שאין לאביה רשות בה אלא שתהא אוכלת בו לא זכה האב דומיא דעבד וה' כנה"ג בסימן ע"ד כ' בשם מהר"א גאליקו דאם נתנו לה ע"מ שאין לאביה רשות בה קנה עיין שם ונראה דלמאי דקי"ל באשה ועבד דאפילו נתנו להם ע"מ שאין לבעל והאדון רשו' בהם לא קנו וה"נ לא קנו אא"כ התנו בגוף המתנה ע"מ שהיא אוכלת וכו' גם הרשב"א והריטב"א ס"ל דהא דאמרינן גבי עבד דאם נתנו לו ע"מ שאין לרבו רשות בו קנה ה"ד כשזיכו לו ע"י אחרים אבל ע"י עצמו לא מהני תנאי וגם שא"כ כן מדברי הפוסקים כמ"ש ה' שמחת יו"ט סי"א עש"ב מ"מ הרי קי"ל דע"מ שאין לרבו רשות בו לא מהני אא"כ התנה בגוף המתנה מה שהוא אוכל וכו' אבל בכ"ד אפילו אומדנא דעתה שכוונה להבריח מב"ח נראה דלא מהני כמ"ש הרא"ש בתשו' הביאה הטור בס"ס רפ"א באחיות שהיה להם אח שלא נהוג כשורה והי רוצים להעביר הנחלה ממנו ונתנו כל א' מהם כל נכסי' לאחיותה וז"ל ומ"ש אם יש לילך בתר אומדנא כמו מי ששמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחר ואח"ך בא בנו דמתנתו בטלה ה"נ דעתם היתה שלא יירש האח נכסיהם אלא ישארו ביד האחיות לא דמי דכל היכא דאזלינן בתר אומדנא אנו מבטלים המעשה שעשו ונשאר הענין כמו שהיה בתחילה כמו שמע שמת בנו וכולי אבל בנדון זה אפילו כי ידוע שכיוונה להבריח מן האח לא עשו דבר שיש בו הברחה ובדברים שבלב לא מיעקרא נחלה דאוריית' עכ"ל הרי דלא אזלי' בתר אומדנא אלא לבטל המתנה ולהעמיד הנכסי' בחזקת' אבל לא לעקור הדבר מחזקתו וה"נ דכוותה אפילו כוונה להבריח הוו דברים שבלב והנ"י בפ' מי שמת גבי ש"מ שאמר ידור פ' בבית זה וכולי כ' וז"ל וכ"ל דלא שייך להק' אמאי לא אזלי' בתר אומדנא הכא בש"מ כדלעיל במתני' וגבי מסוכן בגט דלגבי נפשיה אנן סהדי בודאי לא שביק נפשיה וגבי גט משום עיגונא וכולי אבל לגבי מתנת אחרים אף על גב דאי לא בעי למימר דקל לפירות הא דאמר פירות דקל דברי בטאה ניהו מכל מקום אין לנו אלא מה שהוציא מפיו בפירוש ר"ת עכ"ל ונראה דלחי' הרא"ש דוקא בש"מ שנתן כל נכסיו אזלי' בתר אומדנא לבטל המעשה ונשארו הנכסים בחזקתו אבל גבי פירות דקל לא אזלי' בתר אומדנא לקיים המעשה אבל הנ"י משמע דמחלק דבש"מ שנתן כל נכסיו

נכסיו הוי אומדנא דמוכח דאנן סהדי בודאי לא שביק נפשיה אבל לגבי מתנת אחרים ליכא אומדנא דמוכח והסמ"ע בסימן רמ"ח בנותן קרקע לבנו על תנאי שלא יחול עליו שום שעבוד כ' דאם היו עוד בנים אחרים לא היה ב"ח גובה אלא כפי חלק ירושתו המגיע לזה הבן שלוה ממנו דאין לומר כיון דאביהם גילה דעתו שלא יטול ממנו ב"ח א"כ בסתמא ניחא ליה לאביו שירשו שאר בניו כולו וה"ל כאילו התנה כן בפי' דא"כ דאף שאין לו בן אחר נאמר וכולי עיין שם ונראה דאפילו גילה דעתו לא אמרינן מסתמא ניחא ליה לאביו שירשו שאר בניו הכל ונראה דה"ט משום דלא אזלי' בתר אומדנא אלא לבטל המעשה' ונשאר הדבר כמו שהיה בתחילה ולא לעקור נחלה דאורייתא' בדברי' שבלב ואפש' בזה שכ' וע"ל בסימן רפ"ב בטור ע"ש וצ"ל בסימן רפ"א וכוון לתשו' הרא"ש כמ"ש ואל תטעה בתשו' הרדב"ז ח"א סימן מ"ז שכ' על ראובן שקנה שפחה משמעון והמעות נתן אותם ביד השפח' בתור' הלוא' כדי שתפר' אות' לשמ' רבה ותפקיע עצמה ממנו וז"ל ואם לא א"ל ע"מ שאין לרבך רשות בהם הרי הלואה זו לרבה שכל מה שקנה עבד קנה רבו וכו' אבל בנ"ש הדבר ברור שאפי' לא א"ל ע"מ שאין לרבך רשות בהם סתמו כפירושו שהרי כדי להפקיע עצמה מרבה הלוה לה המעות ואם יש לרבה רשות בהם הרי אינה יכולה להפקיע עצמה ממנו ולא גרע ממוכר נכסי' כדי לעלות לא"י שמחזירם אם לא עלה אפי' שלא התנה וכו' עיין שם אלמא אפילו לא אמר על מנת שאין לרבך רשות סתמו כפי' דהא ליתא דה"ד משום דבשעה שנתן המעות א"ל כדי שתפקיע עצמה מרבה ואפי' לא התנה בפי' גילוי דעת הוי כאלו התנ' בפי' ע"מ שאין לרבך רשות דומי' דמוכר נכסים כדי לעלות לא"י דדוקא אם אמר בשעת המכר שע"ד כן הוא מוכר אפי' לא התנה בפי' אם לא עלה בטל המכר אבל אם לא אמר כלום בשעת המכר דברים שבלב אינם דברים גם דברי הרדב"ז לע"ד אין נראה לי דהתוס' בפ' הא"מ גבי ההוא דזבין לנכסי' וכו' שכ' דברים שא"ן תנאי כפול אלא גילוי מילת' דאנן סהדי דאדעת' דהכי עביד וכו' וכמו כן אנן סהדי דלא זבין אלא אדעתא למיסק לא"י ע"ש משמע דלא מהני גילוי דעתא אלא משום דאיכא אומדנא דאדעתא דהכי עביד והתם אנן סהדי דלא זבין אלא אדעתא למיסק לא"י וה"ט לפי שאין דרך בני אדם למכור קרקעותי' אלא מפני שדעתו לעקור דירתו מכאן אבל מוכר מטלטלי' אפי' אמר בשע' המכר שהוא מוכר כדי לעלות לא"י המכר קיים לפי שאינו מקפיד במכירתם ולפעמים אדם מוכר אפי' דעתו לישאר בכאן כמ"ש בפ' אלמנה ניזונת דל"ז בד"ה זבין וכו' והרא"ש בפ' האומר והטור בסי' ר"ז וכ"כ הריב"ש בסימן קל"ה שכ"כ מל' הרמב"ם ע"ש וא"כ בעי' גילוי דעת עם האומדנ' אבל כי ליכא אומדנא לא מהני גילוי דעת עד שיתנה בפי' תנאי גמור וכן דקדק המח"א בהל' גירושין ד' ע"ז ע"ב וא"כ נ"ל דהרדב"ז בנ"ד מיקרי אומדנא דלא הלוה לה לשפחה אלא להפקיע עצמה מרבה וכיון דאיכא גילוי דעת והאומדנא דומיא דמוכר קרקעות לעלות לא"י אבל אי ליכא אומדנא לא מהני גילוי דעת וכבר כ' הריב"ש סי' קל"ה וז"ל אבל במי שנתן מתנה לחבירו כל שלשון המתנה כולל הולכים אחריו ואין הולכים בזה בתר אומד' אא"כ הוא אומדנא דמוכח כההיא דמי שהלך בנו למ"ה דכפ' מ"ש וכההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לא"י ופי' כן בשעת המכר ובקרקעות דוקא וכו' אלמא אפילו גילוי דעת בשעת הקנין לא מהני אלא בדאיכ' אומדנ' ור"ל באומדנא דמוכח אפי' לא גלה דעתו כההיא דמי שהלך בנו למ"ה או כההיא דזבין נכסיה אדעת' למיסק לא"י ופי' כן בשעת המכר ובקרקעות דגילוי דעת עם האומדנ' הוי כאומדנא דמוכח' אבל הנותן מתנה לחבירו הולכים אחר המתנה ל' המתנה ולא בתר אומדנא גם בתו' לקידושין גבי ההוא דזבין נכסי' אדעתא למיסק לא"י כ' וז"ל וטעמא דמילתא דהכא לא ניחא ליה בזביניה ומוכרח הוא בדבר משום דקא בעי למיסק לא"י וכו' דבשאר תנאים ניחא ליה בזביניה ורוצה בקיום התנאי ולהכי אין כח בתנאי לעקו' את המעשה עד דאיכא תנאי כפול לר"מ אבל הכא לא ניחא ליה בהנך זביני וכל עצמו אינו מוכר אלא אדעת' למיסק לא"י דליהוי ליה מעות לצורך הדרך וכו' עכ"ל הרי דהתם דוקא מהני גילוי דעת משום דהוא אינו רוצה במכיר' וכל עצמו אינו מוכר אלא אדעתא למיסק לארץ ישראל אבל בשאר תנאים לא מהני גלוי דעת :

ואיברא דמדברי הר"ן נראה דגילוי דעת מהני אפי' ליכא אומדנא מדכ' בפ' האומר אמתניתין דהמקדש את האשה ואמר כסבור הייתי שהיא כהנת וכו' אשמעי' דאפי' ר"מ דבעי תנאי כפול ה"מ כשהתנה דהואיל והתנה ולא כפל משמע בכל ענין המעשה קיים אבל מי שגילה דעתו שע"ד כן הוא עושה הרי הוא כאלו התנה וכפל והיינו דתנן מקודשת מפני שלא הטעתו הא הטעתו אינה מקודשת דבגילוי דעתא ל"ב כפל ע"ש משמ' דגילוי דעת מהני אפי' ליכא אומדנא דהתם ליכא אומדנ' דאין בני אדם מקפידין ליקח כהנת או לויה או ישראלית ואפ"ה גילוי דעת מהני וכן הוכיח ה' שער המלך בה' אישות דף ל"ג ע"ש ואפש' דגם הרדב"ז ס"ל הכי :

ומהרימ"ט ח"א סי' כ"ז כ' דלא אמרינן אומדנא דעת' אלא כשאירע מה שלא עלה על דעתו דאמרי' אלו היה יודע כן לא היה עושה אבל כשהדבר לא נשתנה אין לפ' דבריו ולכוין על כוונתו כל שהוא לא פי' דא"א ה"ל לפרש ול"ד למי שמת בנו וכו' דהת' לא פי' לפי שסבור היה שמת בנו שהרי שמע שמת וכן ההיא דהכותב נכסי' לאחרי' היה סבור שימות מתוך חליו ולא עלה על דעתו שיקום ולכך לא חש לפרש וכו' אבל הכא וכו' הי"ל לפרש דלאו בכל מילתא אמרי' אומדנא דעתא דהא בר"פ האומר ההוא גברא דזבין נכסי אדעתא למיס' לא"י ובעידנא דזבין לא אמר ול"מ אמר רבא הו"ל דברי' שבלב ואינם דברים אע"פ שיש אומדנא דמוכח וכו' והכנה"ג בסי' רמ"ו אות ג' הביאו בקיצור ע"ש הרי דס"ל דלא אזלי' בתר אומדנא אלא בדבר שנשתנה דאמרי' אלו היה יודע כן לא היה עושה אבל בדבר שלא נשתנה דס"ד הי"ל להתנות בפי' וכל שלא התנה בפי' לא אזלי' בתר אומדנא וכה"ג אמרי' בפ"ק דכתובות גבי אונסא דשכיח דאבעי ליה לאתנויי עיין שם וה"נ בע"מ שלא ישתעבד לב"ח או ע"מ שאין לאביה רשות בהם כל שלא פי' לא אזלינן בתר אומדנא מיהו מ"ש מהרימ"ט גבי ההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לא"י דאע"ג דאיכא אומדנא דמוכח אמרינן דברים שבלב הם ליתא דהתם לאו מה"ט הוא דא"ל דלא ס"ד דלא יכול לדור שם וכבר כתב הרא"ש בפרק אלמנה ניזונת דהתם ליכא אומדנא דמוכח כולי האי בלא גילוי דעת דהרבה פעמים אדם מוכר קרקעותיו ואין ידוע למה וכן כתב בתשובותיו אבל אומדנא דמוכח נראה בהדיא מדברי הרא"ש שם דאפילו בדבר שלא נשתנה ולא גילה דעתו אזלינן בתר אומדנא והרא"ש בתשו' הביאה הטור בסימן רפ"א על ארבע אחיות שהיה להם אח שלא היה נוהג כשורה ורצו להעביר נחלה ממנו

ונתנו

ונתנו כל א' מהם לאחיותיהם כל נכסיהם כ' וז"ל ומ"ש אם יש לילך בתר אומדנא כמו במי ששמע שמת בנו וכתב נכסיו לאחרים ואחר כך בא בנו דמתנתו בטילה הכא נמי דעתם היה שלא יירש האח נכסים אלא ישארו ביד האחיות ל"ד דכל היכא דאזלינן בתר אומדנא אנו מבטלין המעשה שעשה ונשאר הדבר כמו שהיה בתחילה כמו שמע שמת בנו אלו היה יודע שבנו קיים לא היה כותב נכסיו לאחרים הילכך כשבא בנו יורש ולאו מ"ד בעת' אנו מבטלין ונשארו הנכסים בחזקתם אבל בנדון זה אף כי ידוע שכיוונה להבריח מן האח לא עשו דבר שיש בו הברחה ובדבר שבלב לא מיעקרא נחלה דאורייי' עכ"ל הרי דלא אזלינן בתר אומדנא לעקור ירושה דאוריי' בדברים שבלב ומשמע דאין חי' בין נשתנה הדבר ובין לא נשתנה אלא דאפילו לא נשתנה הדבר אזלינן בתר אומדנא לבטל המעשה שעשה ולהעמיד הדבר בחזקתו כמו שהיה בתחי' אבל להוציא הדבר מחזקתו אפילו נשתנה הדבר לא אזלינן בתר אומדנא ודלא כמהרימ"ט וכן מצאתי למהרי"ל בתשו' סימן ע"ט שכתב וז"ל ועל חצי האחר שנתעלמו עליו רחל טענה מכל הני אומדנות וכולי אפי' היתה כאן אומדנא ס"ס לא צווחה ולא אזלי' בתר אומד' אלא כי נותן אדעתא דהכי נותן או זבין ול"מ האי למקני טפי מדאמדינן דעתו וכולי אבל הכא במאי מפקת ירושת בנה לוי ע"י אומדנא וכו' וכ"כ הרא"ש בתשו' דלא אזלי' בתר אומדנא אלא כה"ג וכולי ע"ש וכן פסק מהר"א ששון סימן קכ"ד דלא אזלינן בתר אומדנא לקיים המתנה ולעקור הירושה מתשו' הרא"ש וכ"כ ה' שבות יעקב ח"ב סימן קמ"ו עיין שם גם מהרשד"ס סימן שמ"ו כ' דלא אזלינן בתר אומדנא לעקור דבר תורה כמ"ש הרא"ש בתשו' והביא ראיה מדאמרינן בפרק מי שמת ש"מ שאמר ידור פ' בבית זה יאכל פירות דקל זה לא אמר כלום וכולי וכן כ' הרשב"א והר"ן מכאן דלא מתקנינן ליה לישניה אלא דייני' ליה כבריא דלא אמרו להוסיף על דבריו והיינו מטעם שכתב הרא"ש דלא אזלי' בתר אומדנא אלא לבטל המעשה שעשה ונשאר הדבר כמו שהיה בתחילה ולא לעקור דין תורה עיין שם ונראה דסבירא ליה דאפילו לא נשתנה הדבר אזלינן בתר אומדנא אלא דהיינו דוקא לבטל המעשה ולהעמיד הדבר בחזקתו ולא לעקור דין תורה אבל לא זכר מ"ש הנ"י בפרק מי שמת גבי ש"מ שאמר ידור פ' בבית זה וכולי וז"ל ונ"ל דלא שייך להק' אמאי לא אזלינן בתר אומדנא הכא בש"מ כדלעיל במתני' וגבי מסוכן בגט דלגבי נפשיה אנן סהדי בודאי לא שביק נפשיה וגבי גט משום עיגונא וכולי אבל גבי מתנת אחרים אע"ג דאי לא בעי למי' דקל לפירות הא דאמר פירות דקל דברי בטלה הם מ"מ אין לנו אלא מה שהוציא מפיו בפי' ר"ת עכ"ל ונראה דלדברי הרא"ש דוקא בש"מ שנתן כל נכסיו אזלינן בתר אומדנא לבטל המעשה ולהעמיד הדבר בחזקתו אבל גבי פירות דקל לא אזלי' בתר אומדנא לקיים המעשה אבל הנ"י מחלק דדוקא לגבי נפשיה אזלינן בתר אומדנא דמוכחא היא דאנן סהדי דלא שביק נפשיה אבל לגבי מתנת אחרים ליכא אומדנא דמוכח אך ק' ממ"ש הרא"ש בתשו' כלל ס"ח סימן ג' וז"ל וכן עשה מעשה ר' בנאה והוציא ממון מחזקתו ע"י אומדנא דמוכח בפרק ח"ה בההוא גברא דשמע' לדביתהו דקאמרה לברת' אמאי לא לניעא באיסור' וכולי אלמא מאומד הדעת שזה היה בנו דלא רצה לעשות גנאי לאביו הוציא כל הממון מחזקת האחים ונתנו לו וכן אבי החכמה נתן הילד החי ע"ש הרי דאזלינן בתר אומדנא אפילו לעקור ירושה דאוריית'

וכה"ג כתב הרא"ש בתשו' כלל ס"ח סימן כ"ג הביאו הטור בסימן ס"ה דאזלינן בתר אומדנא דמוכח אפילו להוציא ממון מחזקתו עיין שם וכן פסק הרב פני משה חלק ראשון סימן ל"ג דמהני אומדנא דמוכח אפי' להוציא ממון מחזקתו עיין שם וכן פסק הר' פ"מ ח"א סימן ל"ג דמהני אומדנא דמוכח אפילו להוציא ממון כמ"ש הרא"ש בתשו' עיין שם וכ"כ מדברי מהרי"ו סימן ק"ד הובא בסמ"ע סימן רפ"ז סקי"ד עיין שם וגם מהריק"ו שורש קכ"ט הוכיח דלאו דוקא להחזיק ממון אלא אפילו להוציא ממון מחזקתו אזלינן בתר אומדנא כל שהמעשה מבורר אגל הדיינים אלא שאנו מסופקי' בדעת הנותן והמוכר או המורים אזלינן בתר אומדנא עש"ב ונראה דודאי אפילו להוציא ממון אזלינן בתר אומדנא דמוכח אלא דה"ד כשא"ך להוסיף או לתקן בדבריו אבל לומר שהיה על תנאי או לתקן הלשון לא אזלינן בתר אומדנא אלא לבטל המעשה שעשה כההיא דשמע שמת בנו אבל לעקור נחלה דאורייתא בדברים שבלב לא וכה"ג תי' מהר"י עייאש בתשו' ח"א סימן י"ג בטענה ז' ע"ש ומ"מ בנ"ד נראה דאין לבדות מלבנו אומדנא דהא אפי' בההיא דזבין נכסי' אדעת' למיסק לא"י דאיכא אומדנא אמרינן דברים שבלב אינם דברים משום דליכא אומדנא דמוכח' כולי האי בלא גילוי דעתא דהרבה פעמים אדם מוכר קרקעותיו ואין ידוע למה ואפילו נימא דאומדנא דמוכחא היא הרי כתב הרא"ש דלא אזלינן בתר אומדנא לעקור דין תורה בדברים שבלב וכן פסק מהרשד"ס והרמ"ע בתשו' סי' כ' עיין שם וא"כ נראה דבנ"ד אפילו איכא אומדנא דכיוונה להבריח לא מהני אומדנא להוסיף על דבריו דכל שלא אמרה בפי' ע"מ שאין לאביה רשות בהם דברים שבלב לא הוו דברים לעקור תקנת חכמים ואמרי' שטעתה וסברה שתועיל ההברחה ממה שנתנה וכה"ג כתב הרא"ש בפרק האשה שנפלו ובתשו' כלל ע"ח סימן ג' גבי מבריח נכסיו מב"ח דודאי כוונתו להבריח אלא שטעה בזה כסבור שתועיל ההברחה אפילו לא יקנה המקבל וכיון שהדין הוא שלא תועיל ההברחה אם לא שקנה המקבל והמקבל א"א לו לקנות ממילא נשארו הנכסים ברשותו ונשתעבדו לכתובת אשתו ולב"ח ע"ש וה"נ אמרינן שטעתה וסברה שתועיל ההברחה בהכי וכיון שהדין לא תועיל בהכי ממילא נשארו הנכסים ברשות האב ונשתעבדו לב"ח דלא מסתבר למימר דדוקא לעקור דין ירושה דאורייתא לא אזלינן בתר אומד' אבל לעקור תקנת חכמים אזלינן בתר אומדנא ואמרינן דהוי כאלו התנה בפי' ע"מ שאין לאב רשות בה וכעין זה פסק הרי"ף בפרק הכותב כאבא שאול דאמר בין דלא נדר וכו' וכ' הר"ן וז"ל כלומ' בין שאמר וכו' שורת הדין דליהוי פטורה בין ממנו בין מיורשיו מ"מ כיון שלא כתב בין בפי' אין עוקרין מפני זה הלשון הכתוס תקנה דרבנן דאמרי הבא ליפרע וכו' אבל היכא דכתב לה בפי' בין ממנו בין מיורשיו הילכתא כסתמא דמתני' דמהימנא וכולי עיין שם אלמא דאע"ג דל' נקי נדר וכולי פטור בין ממנו בין מיורשיו משמע מ"מ אין לעקור תקנת חכמי' אא"כ אמר בפי' וה"נ לא אזלינן בתר אומדנא לעקור תקנת חכמים :

ויש להסתפק אם אמר האב אי אפשי בתקנת חכמים דמליאתה ומתנתה לאביה אי זכתה או לא שהרי מהר"ס בתשו' הקלרות סי' ר"ת ובמרדכי בפ' בתרא דכתובות כ' דלא אמרו כן אלא בליכא פסידא לאחרים והוא מוחזק כמו שהק' ריב"א בב"ק גבי הא דאמר רבא אי שקלת כדינך שקולי וכולי אמאי לא שקיל

שקיל זיבורית כדהשתא ולימא אי אפשי בתקנת חכמים שתקנו לה בבינונית ותי' דלא אמרו אלא היכא דליכא פסידא דאחרים והוא מוחזק והיא דאינה ניזונת ואינה עושה שהיא מוחזקת במעשה ידיה עיין שם וא"כ ה"נ אפשר דאינו יכול לומר א"א בתקנת חכמים שלא לזכות במציאת בתו ומתנתה להפקיע זכות הב"ח כמו במקבל מתנה אחר שבאת לידו חזר ואמר אינו רוצה בה או הרי בטילה דאם יש עליו שט"ח ב"ח גובה ממנו דאין המקבל יכול להפקיע המשועב' לב"ח כמ"ש בסימן רמ"ז עיי"ש בהסמ"ע ס"ק י"ח וה"ה דאינו יכול לומר א"א בתקנת חכמים להפקיע זכות הב"ח ואף במהר"ם בתשו' שם תי' קו' ריב"א בע"א דלא שייך התם בב"ק למי' א"א בתקנת חכמים דלא שייך אלא היכא שתקנו התקנה לתקנתו ולטובתו אבל בינונית לא לטובתו של מלוה נתקנה אלא לטובתו של לוה היתה עיקר התקנה שלא תנעול דלת בפני לווים ע"ש מ"מ מבואר שם דאינו חולק על ריב"א דלא אמרי' הכי אלא להחזיק ולא להוציא מיהו אפשר דריב"א דכ' דדוקא להפסיד אחרי' להוציא מהם קאמר ובס' א"ז לקמא דף ז' ע"ב הביא בשם הרא"ש וז"ל וריב"א הק' וכולי ותי' דאין אומרים א"א בתקנת חכמים אלא להחזיק מה שבידו כגון גבי אשה ולקמן גבי לוקח אבל להוציא מיד אחר כגון הכא וכולי עכ"ל הרי שתי' דדוקא להחזי' יכול לומר א"א בתקנת חכמים ולא להוציא מאחרים וא"כ אפשר דריב"א דוקא להפסיד לאחרים להוציא מהם אבל להפקיע זכות הב"ח שלא להוציא ממנו חשיב להחזיק ושוב ראיתי בתשו' מהר"י באסן סימן ע"ז וסימן ע"ח שהק' על ריב"א מנ"ל דכי איכא פסידא לאחרים אינו יכול לומר א"א וכו' ותי' וז"ל ומסתברא למ"ד דהא פסידא לאחרים דקאמר ריב"א לאו אבעל דין קאי דבע"ד והאי אית ליה פסידא דעידית וזיבורית נמי פסידא הוי וכן מעשה ידיה ולא קאמר אלא פסידה דאחרים שהיא בכלל תקנת חכמים שגם להנאתם תקנו וכשאומר זה א"א וכולי גורם להני פסידא אז אינו יכול לומר א"א וכולי שאין בידו להפסיד לחבירו שהוא בכלל התקנה כמוהו וזה מתבאר ממ"ש בגמ' פשיטא לוקח בינונית וזיבורית ושייר עידית לפניו וכולי וכ"כ שם כ"כ בברור וכולי וחזר הדין דמנ"ל לחלק בין חב לאחרים בין אינו חב וכולי עכ"ל (א"ה עכ"מ בקונטרים זה וא"ח"ך מצאתי בקונטרים אחר כתוב יש להסתפק אם אמר וכו' וז"ל והמא"א בה' זכייה סימן ב' וכולי) והמח"א בהלכו' זכייה סימן ב' כתב מסתברא דאם האב מחל ונתרצה שהיא של בן זכה הבן ושוב אינו יכול להוציא מידו וכ"כ מהרב"א בתשו' סימן ה' עיין שם אבל מהר"י באסן בתשו' סימן ע"ג דחה דברי רב"א ע"ש וגם לדעת מהרב"א והמח"א דאם מחל זכה הבן אפשר דה"ד כשאינו חייב לאחרים אבל להפסיד לב"ח שלו לא וכ"כ הר' כנה"ג בסימן כ"א אות מ"ד דבמקום שהמוחזק יכול לומר קי"ל אינו יכול לומר איני רוצה לזכות מטעם קי"ל לחוב לב"ח ול"ד לאשה שיכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה שיכולה לומר א"א בתקנת חכמים דהתם אין חוב לבעל עליה אלא בשביל מזונותיה אבל אם חייב לב"ח חוב גמור לא כ"כ להפקיע זכות הב"ח ולומר איני רוצה לזכות מטעם קי"ל וכופין אותו לזכות וכבר מהרימ"ט בח"מ סי' ט' כ' וז"ל על ראובן שחייב לשמעון בשטר ומת ולא הניח נכסי' רק קרקע א' ומתה אלמנתו ולא נשבעה על כתובתה ואח"ך הוציא השטר ותבע שמעון ליורשי' ליטול הקרק' בחובו הביא תשו' מהר"י באסן לזכות ליורש מטעם שהוא יכול לומר א"א בתקנת חכמים כגון זו שתקנו הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה והרב חלק עליו דלא אמרי' הכי במקום שחב לאחרים שמא נפרעה כתובת' וחל שעבוד הב"ח על הנכסים ולא כל הימנו של היורש לוותר על שבועתו להפסיד הב"ח עש"ב א"כ לדעת מהר"י באסן יכול לומר איני רוצה לזכות בטענת קיי"ל אפילו לחוב לב"ח ולדעת מהרימ"ט אינו יכול והתימה על ה' כנה"ג שלא זכר תשו' רבו מהרימ"ט וה"נ בנ"ד אם האב יכול לומר א"א בתקנת חכמים ואיני רוצה לזכות לחוב לב"ח נראה דתלוי במחלוקת ואפשר דלא אמרינן הכי אלא דוקא כשהוא מוחזק כבר כגון בטענת קיי"ל שהוא מוחזק אינו יכול לומר איני רוצה לזכות להוציא הממון מחזקתו ולהפסיד זכות הב"ח וכן היורש שהוא מוחזק ואין האלמנה יכולה לגבות כתובת' אלא בשבו' אינו יכול לומר א"א בתקנת חכמים ולוותר השבועה להוציא הממון מחזקתו כדי להפסיד הב"ח אבל דבר שאינו בחזקתו אין מזכין לו בע"כ וכן ראיתי להפרישה בסימן זה בנותן מתנה לבנו ע"מ שלא ישתעבד לב"ח ואח"ך מת הב"ח טורף אותה כ' דה"ד בדכתב דאקני אבל לא כתב לו דאקני לא היה יכול הב"ח לטרוף ממנו מאחר דאביו התנה בפי' שלא יחול שעבוד הב"ח א"כ מסתברא גם דעת הבן כשמת אביו שאינו רוצה לזכות בשדה זו מכח מתנה אלא ע"מ שלא יחול שעבוד הב"ח כמו שהתנה אביו ואין מזכין לו לאדם בע"כ ע"ש הרי דיכול לומר איני רוצה לזכות בשדה זו ואין מזכין לו לאדם בע"כ :

גם יש לברר בנ"ד מי מיקרי מוחזק ומדברי הטו' בסי' קי"ב מוכח דמקבל מתנה מיקרי מוחזק גבי ב"ח אם חל שעבודו על הנכסים וכבר הוכיח כן ה' פרח מטה אהרן סי' ל"ג ע"ש ונראה דה"ד התם משום המקבל דכבר יצאו הנכסים מרשות הנותן ואין הספק בין הנותן למקבל אלא בין ב"ח למקבל מתנה אם היו הנכסים אלו ביד הלוה בשעה שלוה ונשתעבדו לו או לאחר שלוה קנה ומכר אבל אם הספק בעיקר המתנה מעמידין איתו הממון בחזקת הנותן וב"ח גובה מהם מכח הנותן וכ"כ המבי"ט ח"א קכ"ט דבספק מתנה מעמידין המעות בחזקת היורשים וממילא ב"ח גובה עי"ש וכן ראיתי למהרח"ש ח"ב סימן כ"ג בתי' כ, עיין שם אבל בנ"ד דאין הספק בין הנותן למקבל דכבר יצא הממון מרשות הנותן אלא דהספק הוא אם קנתה הבת או אביה יש להסתפק אם האב מיקרי מוחזק וממילא ב"ח גובה ממנו א"ד כיון דאין הוא יורש מכח מורישו אלא הספק הוא אם זכה הוא במתנ' בתו לא מיקרי מוחזק וגר' כיון דמדאורייתא קנתה בתו אלא דתקנו חכמים משום איבה לאביה א"כ כל ספק בתקנה יד התקנה על התחתונה וכה"ג כ' מהרשד"ס סימן ש"ן גבי שטרות בעש"ג וז"ל אמנם נר' בעיני כיון דהוי פלוג' דרבוותא אית לן לאוקומי דינא דאורייתא וכיון דמדאוריי' אין כאן עדות וכו' א"כ העדים פסולים מן התורה ולא הוכשרו אלא מתקנתא דרבנן כל היכא דאיכא ספק א"ל דמשום ספק דתקנת' דרבנן לא מבטלי' דין תורה דיד התקנה על התחתונה והביא ראיה מדברי מהרי"ק ומבואר שם דאפי' להוציא ממון אמרי' הכי וכ"כ בסי' רמ"ג במי שמכר בנכסי אביו פחות מבן עשרים ע"ש ואף שמהרח"ש ח"א סכ"ג ומהרש"ג בס' משפטי' ישרים סי' מ"א דחו דברי מהרשד"ס גם ה' פרח מטה אהרן ח"א סי' י"א האריך להוכיח דאפי' בספק תקנה אין מוציאין מהמוחזק ע"ש מ"מ כשאין א' מהם מוחזק לכ"ע אמרינן יד התקנה על התחתו' וכ"כ ה' פני משה ח"ב סי' ל"ד וסי' ק"ד ע"ש וה"נ דקנתה הבת מדאוריית' וספק אם זכה אביה מתקנ' חכמי' או

או לא כל ספק בתקנ' יד התקנ' על התחתונ' :

ואיברא דנר' פשוט דאם נתנו ע"מ שאין לאביהם רשות בהם מהני תנאי וכ"כ מהר"ם בתשו' דשייכי לס' סי' ה' בא' שרצה לתת מעשר עני של כספים לקטנים שהיה אביהם עשיר וז"ל יכול להיות כיון דלית להו לבעלים במעשר עני של כספים אלא טובת הנאה בעלמא לא חשיב כדעת אחרת מקנה אלא כמו מציאה הוי דקי"ל טובת הנאה אינה ממון וכו' ומטעם זה אפי' אם ראובן יתן לבניו של שמעון הסמוכים על שולחנו במתנ' ע"מ שאין לאביהם רשות בה אלא לצורך עצמם מה שהם נושאים ונותנים לפיהם לא מהני תנאי מידי כיון דטובת הנאה אינה ממון וכו' ע"ש משמע דממון גמור יכול ליתנו ע"מ שאין לאביהם רשות בו אלא לצורך עצמם מה שנושאי' ונותנים לפיהם ולא קנה אביהם :

וראיתי למהרש"ך ח"ב סי' רי"א שכ' דהמזכה לקטן ע"י אחר קנה ואפי' באב המזכה לבנו והביא ראיה מדאמרי' אקניי' לבנו קטן וכו' והכנה"ג בסי' רמ"ג אות כ"ז פסק כן להלכה למעשה וכן דעת מהר"ם אלשי' סי' כ"ח ע"ש וכן ראיתי למהר"ש ן' חסון בס' בית שלמה סי' ל"ה הביא עוד ראיה מפ' י"נ שהכותב נכסיו לבנו אפי' הוא קטן המוטל בעריסה לא עשאו אלא אפטרפו' ובעי רבא בבריא היאך וא"א היך אפשר לזכות לבן במתנ' הרי הכל לאביו אלא ודאי אם זכה לו ע"י אחר לכ"ע מהני ולכך בש"מ מהני דה"ל כמסורים ע"י אחר דמי וגר' דס"ל דשכ"מ שנתן לקטן א"ך שיזכה לו ע"י אחר דדבריו כמסורים ע"י אחר דמי ודלא כהכנה"ג בסי' רנ"ג שכ' דמתנת ש"מ לקטן צריך שיזכה לו אחר ובלא"ה לא קנה דתרי קולי לא עבדי' שיהיו דבריו כמסורי' וכאלו זיכה לו ע"י אחרי' לא אמרי' וכבר חלק עליו ה' דברי אמת בקו' ז' סי' ג' וכן כ' ה' כנה"ג עצמו בסי' ר"י דש"מ א"ך זיכוי ע"ש וא"כ כיון דבריא שנתן לבנו עהני זיכוי בש"מ מהני דדבריו כמסורים ע"י אחר וגר' שזה תלוי במחלוקת דהמרדכי בפ"ק דקידושין כ' בשם הר' אלחנן דאפי' נתן לו רבו וזכה לו ע"י אחרי' מהני ע"ש אבל הריטב"א בחי' פ"ק דקידושין כ' וז"ל מיהו צריך תלמוד הרב שנתן מתנה לעבדו וזיכה לו אחר אם זוכה בה וכו' ונסתברא לי דבהא נמי אין קנין לעבד בלא רבו דאל"ה הא משכחת לה לר"מ בכסף ע"י עצמו ממתנה שזיכה לו רבו ע"י אחר וכולי מיהו אם זיכה לו רבו ע"י אחרים ע"מ שלא יהא בו רשות כלל מהני תנאיה כי היכי דמהני במתנה דאחרים וכו' ע"ש הרי דס"ל דלא מהני זיכוי ע"י אחרים ואם כן אפשר דה"כ האב המזכה לבתו דמי לעבד ולא לבעל דבע' שנתן לאשתו אפי' בלא זיכוי על ידי אחר קנתה אבל האב שנתן לבתו דלא קנתה ה"נ אפי' בזיכוי על ידי אחר לא קנתה אא"כ זיכה לה ע"י אחר ע"מ שאין לו רשות דומיא דעבד וכן הרב שנתן לעבדו בלא זיכוי אפי' אמר ע"מ שאין לו רשו' לא מהני ובירושלמי בפ"ק דקידושין הביאו הרשב"א בחי' שם אמרי' פשיטא שהעבד מקבל מתנה לאחר מאחר לרבו מרבו לעצמו לא מאחר לעצמו מחלוקת רבי מאיר וחכמי' הילך כסף זה שלא יהא לרבך רשות בהם זכה העבד זכה רבו דר"מ וחכ"א זכה העבד ולא זכה רבו ע"ש משמע בהדיא דמרבו לעצמו אפי' א"ל ע"מ שלא יהא לו רשות לכ"ע לא מהני ודוקא מאחר לעצמו ס"ל לרבנן דמהני ע"י תנאי וא"כ ה"נ האב שנתן לבניו מתנה אפי' אמר ע"מ שאין לו רשות לא מהני אלא דוקא במזכה להם ע"י אחר ע"מ שאין לו רשות והא דאמרי' אקנייה לבנו קטן כ' מהר"י באסן בתשו' סי' ע"ג על דברי מהרש"ך ולענ"ד

דא"ך דהתם מיירי כשלא היה בנו קטן סמוך על שולחנו ע"ש וכבר דחה כן מהרש"ך שם דא"ל דהיא מיירי בקטן שאינו סמוך על שולחנו ע"ש ולדעת הריטב"א נר' דמיירי בזיכה לו ע"י אחר ע"מ שאין לו רשות וכן הכותב נכסיו לבנו אפילו הוא קטן המוטל בעריסה וכו' מיירי בהכי שזיכ' לו ע"י אחר ע"מ שאין לו רשות :

ח' אם נתנו ללוה מתנה וכו' נראה הלוה לו ע"מ שלא יחול שעבוד ב"ח דהתנאי קיים דהטעמים שכ' הרא"ש במתנה שייכי נמי בהלואה וה' כנה"ג חי"ד סימן רס"ז גבי הנותן לעבד ע"מ שאין לרבו רשות כ' דלא נחלקו ר"מ ורבנן אלא דוקא במתנה אבל במלוה לעבד לכ"ע לא קנה הרב שלא הלוה לו אלא ע"מ שאין לרבו רשות ואם לא נתקיים התנאי אף העבד לא קנה המעו' וכן הסכים ה' שמחת יו"ט סי' א' והביא ראיה מדברי המ"מ בפ' כ"ו מה' מלוה גבי עבד ואשה שלוו מוכח דהלוא' העבד והאשה זוכה בה הבעל והרב ואין חייבים לפרוע ולא אמרינן דחשיב כאלו הלוה להם וא"כ דוקא במתנה לא מהני תנאי דע"מ שאין לרבו רשות אבל במלוה אף דמלוה להוצאה ניתנה וזוכה בה הרב כיון שאין חיי' לפרו' א"כ מסתמא אם קנה הרב הפך התנאי גם העבד לא קנה ותתבטל ההלואה דלפי התנאי שלא יהא לרבו רשות הרי הוא מובטח שירוית בהם ויפרע לו בזמנו אבל אם קנה רבו יפסיד החוב שלא יפרע לו עד שישתחרר העבד ואדעתא דהכי להפסיד ממונו לא הלוה ושאני מתנ' שהיא שלא ע"מ להחזיר ואם קנה רבו ליכא הפסד ממון ע"ש ומה שהוכיח מדברי המ"מ דהלואת העבד זוכה בה הרב ואינו חייב לפרו' דאל"כ מאי דק"ל מטעם דזכה הבעל כיון דנתחייב לפרו' כאלו הוא הלוה לא דק דאפי' נתחיי' לפרו' כאלו לוה מ"מ כיון דהלואה להוצאה ניתנה זכה בה הבעל לאכילת פירות ואפי' מעות ההלואה בעין אינו משל' אותה אלא חייב לפרו' לו מעות אחרים כשיגיע הזמן מיהו א"ל דהגאונים והרמב"ם ס"ל דאינו חייב לפרו' וא"כ המלוה מפסיד מעותיו והו"ל הלואה בטעות וחזרו המעו' כפקדון דאם הם בעין משלמין אותם כמ"ש הרב בסי' כ"ד ע"ש וא"כ אפי' הלוה לעבד סתם בלא תנאי הדין כן דאומדנא דמוכח דלא הלוה לו שיפסיד ממונו כמ"ש הרדב"ז שם אבל הכא המלוה ללוה גובה ב"ח מאותה הלואה אבל אם התנ' ע"מ שאין שעבוד ב"ח עליה' דודאי התנאי קיים דאע"ג דלא דמי לעבד דאין קנין לעבד בלא רבו ואם התנאי בטל וקנ' הרב מפסי' המלוה מעותיו עד שישתחר' העבד ואפ' שלא ישתחר' אבל הכא אע"ג (א"ה עכ"מ) :

ט' התנאי קיים ולא יגבה ב"ח ממנ' וכו' הרא"ש בתשו' כ' הטעם שאם היה ב"ח טורף א"כ לא נתקיים התנאי ונתבטלה המתנה מעיקר' ונמצא לוקח ממון אחרים בחובו ע"ש אבל הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ק"מ כ' בנתן מתנה ע"מ שלא יהא לבעלה קנין וז"ל שלא נתכוון לומ' שאם תתן לבעלה המתנ' בטילה שאם נתכוון לכך היה אומר ע"מ שלא תתן לבעלה וכולי ולפי דעתי ג"כ ע"מ שאין לרבך רשות שהרי לא א"ל ע"מ שלא תתן לרבך וגם העבד אינו בטל התנאי אלא הרב והוא לא התנה עם הרב כלום וכו' ע"ש וה"כ ע"מ שלא יחול שעבוד ב"ח אינו תנאי המבטל המתנה אלא רוצה לסלק רשות הב"ח מנכסי' אלו אבל אם המקבל נתן לב"ח נראה דלכ"ע לא בטילה המתנה ומהר"ם אלשיך סי' פ"ע וע' כ' באלמנה שנתנה קרקע לבתה ע"מ דכל זמן שהב' בחיים יאכלו היא ובעל' הפירות ואחר מיתתה יהא לזרע' כ' דיש מי שאומ' דאין זה תנאי כל' דע"מ דעלמ' דא"כ

פשיטא

פשיטא שיכולי' היא ובעלה לאכול הפירות אלא פי' שלא נתנה הקרק' ופירות לגמרי אלא פירות לבד ודחה הרב וז"ל דלא נמלא בזה בכל הגמ' דע"מ הוא פי' המתנה אלא דנראה דתנאי הוא שיהנה הבעל ואם לאו בטלה המתנ' עש"ב ונרא' דע"מ שיאכלו היא ובעלה הפירו' ולא יחול שעבוד הב"ח קאמר וכה"ג כ' הרי"ף בתשו' סימן יו"ד וז"ל וכן במתנ' זו כיון דלא לרי' לומ' אם מת א' מהם יחזור חלקו לאחיו וקאמ' אין אנו אומרים שלבעלה אומר אלא לצורך אמר כן ואיזה ז"ש מת א' מן האחי' והניח אשה ולא הניח בנים שלא תטול אותם נכסי' אלא אלא יחזרו לאחים וכאלו א"ל ע"מ שלא תקנה אותם אשתו ובזה פי' אחריך ליקני שהוא תנאי קיים וכיון שהית' מתנ' בריא תנאי זה קיים ואין לאשתו כלום לפי שלא נשתעב' לה שהתנאי היה בשבילה עכ"ל הרי דס"ל דאפי' לא התנה בפי' אלא דאם מת המקבל יחזור חלקו לאחיו כיון דלא נ"ל אמרי' דלא לבעלה אמר כן אלא לטפויי שלא תטול האשה כתובתה מהם ותנאו קיים והכא נמי א"ל דלא היה לריך לומר יאכלו היא ובעלה הפירות אמרינן דשלא יטול מהם בעל חוב קאמר :

יו"ד והתנה עמו המוכר ע"מ שלא יחול עליו שום שעבוד וכו' אם מכר ע"מ שלא ימכרנה לעולם ודאי דאינו יכול למוכרה ה' גד"ת ואין הדבר כן לדעת הטור דמחלק בין מכר למתנה ה' כנה"ג עיין שם וליתא שהרי כ' הרמב"ם בפי"א מה' מכירה מי שהקנה לחבירו והתנה עליו ע"מ שתתן נוקח זה או תמכרנו לפ' אם נתנו או מכרו לאותו פ' קנה ואם לא קיים וכולי ופסקו מרן בסי' ר"ז ס"ה ע"ש וה"ה ע"מ שלא תמכרנו ועיין בס' עדות ביעקב סי' ס"ט וה' משנה למלך בפ"ג מה' זכייה ס"ו כ' שאין דבריו נראין יע"ש ושוב ראיתי לה' כנה"ג בתשו' בס' בעי חיי ח"ב סי' ק"א שחזר בו דתנאי שלא ימכרנו לכ"ע אינו יכול למכור ע"ש :

י"א דין ד' מי שנתן קרקע לבנו על תנאי וכו' ז"ל הרא"ש בתשו' כלל ע"ב סי' ג' ראובן שנתן קרקע לבנו ע"מ שלא יחול שעבוד ב"ח דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואם לא נתקיים התנאי נתבטל המעשה כאלו לא נעשה וכו' וכשבא ב"ח לטורפו נתבטל' המתנה מכח התנאי וחזר לבן הקרק' מכח השיור שירש מאביו וכו' ע"ש ולכאורה נראה דדוקא באומר ע"מ דהוי כאומ' מעכשיו דבטלה המתנ' למפרע בביטול התנאי וא"כ מרן שכ' מי שנתן קרק' לבנו על תנאי וכו' משמ' דסבירא ליה דאומר על תנאי כאומר ע"מ דהוי כאומר מעכשיו כמ"ש מהריב"ל ח"ג סי' ס"ג ומהריט"ץ סי' רמ"ב ע"ש אבל מרן בב"י סי' ר"ז סי"ד כ' דאומר על תנאי אינו כאומר ע"מ ע"ש ועיין בה' כנה"ג ח"ב סי' ר"ז אות ל"ב שכ' שדעת הרא"ש אע"ג דאומר ע"מ כאומ' מעכשיו במי ובעי' תנאי כפול וכל משפטי התנאים ובתנאי זה שלא יחול שעבוד הב"ח דממילא הוי שיור ולא תנאי א"ן למשפטי התנאים ומה שהל"ל דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ה"ט דכיון דאין שם תנאי אלא שיור אם לא אמר מעכשיו הרי נתקיימה המתנה שעה אחת ושוב אינה חוזרת לאביו לכך הל"ל דע"מ כמעכשיו דמי והרי תלה המתנה בשיור וכל שנתבטל השיור בטלה המתנה ע"ש ולפ"ז ניחא דאומר על תנאי לא הוי כע"מ שלריך תנאי כפול וכל משפטי התנאים אלא דלגבי שיור (א"ה עכ"מ) :

י"ב ב"ח של הבן גובה ממנה וכו' ה"ד באומר ע"מ שלא יחול שעבוד אבל אם אמר חוץ מדבר זה שלא ישתעבדו לב"ח ולא לכתובה אין ב"ח של הבן גובה ממנה מהרא"ש סימן רכ"ג וכן פסק ה' פרח מטה אהרן ח"ב סימן ל"ט ע"ש :

י"ג דין ח' או מקבלי מתנה וכולי עיין בחי' הריטב"א לגיטין ד' כ' שהסכים דהוי כמתנת בריא ואינו גובה ממנו וכן דעת רבו ע"ש וא"כ ודאי דיכול המוחזק לומר קי"ל כהראב"ד והרא"ה והריטב"א ודלא כה' הכנה"ג בסימן ס"ט הגב"י אות ד' ע"ש ובתשו' ח"א סי' קפ"ו ע"ש :

י"ד או מקבלי מתנה וכו' כ' ריא"ז ונראה שאם נתן מתנה הלוה הבינוני' שלו לבנו אינו דומה כאלו מכרו וב"ח גובה מיד בנו ואינו יכול לדחותו אלל הזיבורית שביד האב ואם נשאר בינונית אחרת ביד האב גובה הבינונית של האב ולא של הבן וכולי עכ"ל ונראה טעמו דהא מתנה כמכר בבנו ל"ל הכי כמ"ש רש"י בפ' נערה דף מ"ט וז"ל ואע"ג דמתנה כמכר לענין שעבוד התם הוא דאי לאו דעבד ליה נייחא לנפשיה לא הוה יהיב ליה מתנה אבל בנו ל"ל הכי ע"ש מיהו הרשב"א בתשו' ח"ב סי' קס"ג כ' דאע"ג דטעמ' דמתנ' שהיא כמשעבדי הוי משום דאי לאו דהו"ל הנאה מניה לא הוה יהיב ליה מתנה כדאיתא התם ולכאורה לא שייך ה"ט גבי יורש דבין כך ובין כך אדם נותן ליורשיו ואין להם פסידא כלל אפ"ה לא פלוג רבנן ואי נמי דאפי' ליורש עלמו לא היה נותן לו בלשון מתנה אלא מניחו על דינו שתם אא"כ נהנה ממנו וכולי (א"ה עכ"מ) :

ט"ו גובה מכולם וכו' או מאיזה שירלה חלקו וכו' דאם גבה מא' מהם שהם חוזרים וחולקי' ופסידי' כולם לפי חשבון וכו' מיהו אין דעת רבי' נר"ו כן אלא אם טרף חלקם של א' מהם שאותו לבדו יפסי' ואין חוזרים ולוקחי' דלא אמרי' הכי אלא ביורשים ממש ולא במקבלי מתנה אבל הוא הרשות בידו לגבות חובו מכול' או לגבות מחלק אחד מהם הריטב"א בחידושיו לגיטין ע"ש (א"ה עכ"מ) :

ט"ז דין י"ב ונתקלקלו וכו' ל' רבי' האיי בספר המקח שער כ"ו אא"כ נפסדו אותם בכ"ח שהם אלל הלוה מכל וכל כגון שנשרפו או שנשתדפו בענין שאין להם דמים כלום דהתם ודאי יחזור על הלוק' לגבות ממנו חובו וכו' ע"ש וז"ל בעה"ת שער י"ד ח"ו פי' אשתדוף כגון שהיו שוים הקרקעות בני חורין שנשארו לו בעת שמכר אלו שהם עכשיו משועבדים בכדי חובו ובשעת גוביינא אין שוים אלא פלג חובו מפני שהוזלו או נשתדפו בהא ודאי אזלי' לשעת גוביינא ולא אמרי' כיון דבשעת מכירה הניח לפניו בני חורין ששוים כדי חובו אסתלק שעבודו מעל מה שמכר אלא אזלי' לשעת גוביי' וגובה אותו מן המשועבדים עד כאן לשונו וכך כתב הרשב"א בתשובות תולדות אדם סי' רפ"ט דאשתדוף מה לי הפסד כולו מה לי הפסד מקלתו וכו' ע"ש :

י"ז כגון שסילק שעבודו וכו' כ' הכנה"ג הגהב"י אות ד' אשה שלא חתמה לראובן במכר בעלה ולשני חתמה לא הוי כאשתדוף ב"ח תשו' להרמב"ן סימן ע"ט עיי"ש וזה דעת הרמב"ם בפרק י"ט מהל' מלוה דין ח' וז"ל מי שלוה וכו' והוא הדין לאשה בכתובתה אם כתבה לשני אבדה כתובת' ואינה יכולה לטרוף וכו' ופסקו מרן בסי' קי"ח והש"ך שם תמה למה סתם כהרמב"ם נגד רבים החולקים ע"ש ולק"מ דהרי גם רש"י ובעל העיטו' ס"ל כמ"ש הטור בא"ה סי' ק' וכ' הב"י שם שכן הסכים בתשו' הרמב"ן סי' ע"ט ע"ש וגם בתשו' כ' שכן נרא' דעת הרי"ף שהביא הברייתא כלורתה ולא פי' אבדה משני

לא

ולא מהראשון ע"ש א"כ דעת הרי"ף והרמב"ם ורש"י ובע' העיטור והרשב"א דאין חי' בין לאשה בכתובת' לב"ח ודברי בעל העיטור הם בדיני כתובה בדף פ"ח וז"ל ואיכא לעיוני בהא דגרסי' בפ' מי שהיה נשוי וכו' מאי אבדה אבדה משני אלא דא"ל התם איהי דאפסד' אנפשה ואע"ג דלא גרסי' בספרים אלא הכי איכא לפרושי ע"ש וכן פירש"י שם ע"ש בהתוס' א"כ דעת הרי"ף והרמב"ם ורש"י ובה"ע והרשב"א ס"ל דאבדה כתובתה לגמרי ואע"ג דר"ח ור"ת והתוס' והרא"ש ס"ל דטורפי' מהראשון כבר כ' הב"י כן כהרמב"ם וכ"כ הרשב"ץ ח"ב סי' תנ"א על ראובן שהיה עליו כתובת אשה וב"ח והקדיש בתים מחצרו ואח"ך משכן חצי חצרו לשמעון וכתבה האשה לבעל המשכונה דין ודברי' וכו' אם סלוק האשה נעשה כדין שאינה יכולה לומ' נח"ר עשיתי לבעלי א"כ בעל המשכונ' יטול חובו משא' נכסים והאש' הפסיד' ומחל' וכות' לבעל המשכונה ואינה יכולה לגבות מההקדש שהרי הקדש יכול לומ' לו הנחתי לך מקו' לגבות ממנו אם מחלה לבעל המשכונ' את אפסד אנפשך וכו' ע"ש :

י"ח דין י"ג הג"ה · מיהו אם המיר וכו' כ' הגד"ת וה"ה אם מכר הלוה לבעל חוב לגוי דב"ח טורף ממשעבדי דמ"ל כשהוא בעצמו המיר לשמכר לגוי וכ' הכנה"ג הגב"י אות כ"ב ונראה לי דלא שייך דין זה אלא לדעת הרא"ש בסי' ק"ז דאפי' מכרו קרקע אינם חייבים לשלם אבל לדעת הטור שם שאם מכרו קרקע חייבים לשלם או במלו' בשטר דלכ"ע ובמכרו קרקע חייבים לשלם לא שייך דין זה דלמה יגב' מהלקו' ולא מן הדמים שביד הלו' מיהו משכחת לה שמכר קוד' שהגיע זמן הב"ח ובזבז הלוה המעות א"כ אע"פ שהדמים עדיין ביד הלוה לא אמרי' דגובה מן הדמים אלא כשאין נכסי' אחרים ומטעם מזיק אבל כשיש נכסים אחרים לגבות אפי' שהם משועבדים אין כאן מזיק אלא יגבה מהלקוחות והלקוחות יחזרו עליו עיין שם ולפי מ"ש בסימן ק"ז בין משועבד מחמת חוב אביו למשועבד חוב עצמו דהמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו חייב ומשחרר עבדו שעשהו אפותיקי הוי מזיק אבל יורש שמכר שט"ח שמחמת אביו לא קלקל בגוף הקרקע אלא בממון חבירו עיין שם וא"כ הכא בלוה לכ"ע חייב דהוי כמוכר שט"ח לחבירו ומשחרר עבדו ועוד דב"ח גובה מלוה עצמו אפי' מגלימא דאכתפיה וא"כ ודאי דאם הלוה מכר הקרקע לגוי דב"ח גובה מהדמים שביד הלוה ולא מלקוחו' אלא אפילו מכרו היורשים דחייבים מדין מזיק מסתברא דגובה מהיורשי' שהם חייבים מדינא דגרמי ולא מלקוחות שאין לו עליהם אלא שעבוד בעלמא :

י"ט שם וי"א דה"ה אם הניח הלוה יתומים קטנים וכולי ול"ד לגזלן דמלוים בעלי זרוע ליפול ואפשר שהיום או למחר אבל יתומים קטנים שיש זמן קבוע שאינו יכול לגבות מהם עד שיגדלו יכול לומר איני רוצה להמתין וה"ה בכל שיש זמן קבוע מהרש"ג בס' משפטים ישרים סי' ע"ט ע"ש וכן חי' המבי"ט ח"א סי' קכ"ה ע"ש ומהר"א לפפא בס' משפטים ישרים סי' ך' חי' בע"א עיין שם :

כ' דין י"ד אפי' הגיע זמן הפירעון ונתרשל וכולי כ"כ הרשב"א בתשו' הביאה הב"י וכ' הכנה"ג הגב"י אות כ"א ולכאורה נראה דדוקא בנתרשל המלוה אבל אם האריך זמן ללוה בפי' ואשתדוף בני חרי לא גבי ממשעבדי דדמי לפושע בידים ולפ"ז חולק הרשב"א על מ"ש הטור בסימן קל"א בשם הרמב"ן שאפי' האריך המלוה זמן הפירעון גובה מהערב ויש לתמוה על רבי' המחבר בס' הקצר שבסי' זה כ' דברי הרשב"א ובסי' קל"א כ' דברי הרמב"ן וכולי וא"ל שהרב סובר דגבי לקוחות דשעבודייהו הוי בע"כ דוקא נתרשל אבל האריך הזמן בפי' לא גבי ממשעבדי אבל בערבות שמדעתו נתחייב בשעבוד זה אפי' האריך בפי' גובה מהערב וכו' ע"ש וליתא שהרי בעל התרומות שער ל"ה סימן י"ג בשם הרמב"ן וז"ל ואם האריך נמי המלוה ללוה אין הערב נפטר מכלום וגדולה מזו אפילו אשתדוף בני חרי גבי ממשעבדי לא שנא אשתדוף בזמנו ל"ש אשתדוף לאחר זמנו וכו' ולא עוד אלא אפי' היו הנכסים ידועים ללוה וכולי ואשתדוף חוזר על הערב ואע"ג דתניא לוה מא' ומכר לשנים וכתב ב"ח ללוקח שני דין ודברים אין לי עמך אין לו על לוקח ראשון כלום התם משו' דמחל לו החוב לגמרי ואחריותו עליו הא אלו האריך זמן ללוקח ב' או ללוה ואשתדוף חוזר על ראשון ותובעו וכולי עכ"ל הרי דס"ל דאין חי' בין ערב ללוקח ואפי' האריך המלוה זמן ללוקח שני או ללוה ואשתדוף חוזר על לוקח ראשון ודוקא כשכתב ללוקח שני דין וכולי אינו חוזר על לוקח ראשון משום דמחל לו לגמרי וא"כ הרשב"א דוקא בנתרשל המלוה אבל אם האריך הזמן בפי' הוי חולק על הרמב"ן שכ' בהדיא דאפילו האריך לו הזמן חוזר על הלוקח וה' גד"ת שם כ' שכ"כ לכאור' דהאריך הזמן הוי כנתקלקל בפשיעה דאל"כ לאשמעי' הרשב"א רבותא אפי' האריך הזמן בפי' או שמא נאמר דתשו' הרשב"א היתה על מעשה שהיה כן שנתרשל המלוה וה"ה שאם היה האריך בפירוש היה פוסק הדין כן ע"ש ותשו' הרשב"א בס' תולדות אדם סי' קפ"ז וז"ל מ"ש בפ' אלמנה ניזונת אשתדוף בני חרי גבי ממשעבדי אי דוקא באשתדוף קודם שיגיע זמנו וכו' תשו' וכי אומרים לו למלוה ע"כ עמוד ותבע את חובך כדי שיזכה חבירך הלוקח אלא כל שהלוקח יודע שיש עליו מלוה איהו דאפסיד אנפשיה שהי"ל לחוש לעצמו לכל חששות אלו המלוה או תובע או שותק עד זמן שירצה הלוקח יחוש לעצמו עכ"ל א"כ נראה דאפילו האריך הזמן בפי' ואשתדפו טורף מלקוחות מה"ט והשואל נסתפק אפילו בנתרשל דא"ל דוקא קודם שיגיע הזמן וכו' אבל הרשב"א ודאי ס"ל דאפי' האריך הזמן בפי' טורף מלקוחו' מה"ט דהלוקח הי"ל לחוש לכל חששות אלו :

כ"א כתב המרדכי פ"ק דב"ב על א' שהיו נושין בו והוצרך לבריות אחר פרנסתו ואסף מעות בתורת צדקה ופטרו ראבי"ה מדתניא בתוספתא מעשר עני אין פורעין ממנה מלוה החוב ורבינו שמחה חייבו דצדקה אינה אלא כמתנה בעלמא ובהגהות מרדכי כ' דנ"ל ראיה כדברי ראבי"ה שאין יכול לפרוע חובות ממעות צדקה דאנן סהדי לא נתנו לו אדעתא שיפרעו חובותיו וכו' הביאו מרן הב"י י"ד סי' רנ"ג ותשו' ריא"ז הובאה בס' בשמים ראש סי' ל"ג מבואר שם דגם רבי' שמחה לא חייב אלא אחר שבאו לידו אבל כשעדיין לא באו לידו כ"ע אין ב"ח גובה מהם וכ"כ הרדב"ז ח"א סי' קנ"ט ע"ש ומ"ש הרדב"ז שם שיש מביאין ראיה שאם לא הגיע ליד העני ב"ח גובה ממנו מדתנן בפרק כל הגט המלוה את הכהן וכו' נראה דט"ס ול"ל שאם הגיע ליד העני דליכא ראיה מהתם אלא דוקא כשהגיע לידו כמבואר בתשו' ריא"ז שם מ"מ דעת ראבי"ה וריא"ז דאפי' באו לידו אינו יכול לפרוע חובו מהן ובתשו' ה' שם הבית ראיה מדאמרי' בפרק ק' דקידושין גבי הענקה לו ולא לב"ח משמע דהואיל פטור מליתן מן הענקה לב"ח וכ"ש לצדקה ע"ש :

כ"ב כתב ה' קהלת יעקב סי' שפ"ז כ' הרשב"א ח"ב סי' ל"ז דגופא מהיום ופירא לאחר מיתה מיקרי נכסי' בני חרי ע"ש ותשו' הרשב"א באחד שבא לטרוף בתים וטען יעקב שיצחק נתנם קודם שלוה ממנו בשיור פירות ויש לו לגבות משיור הפירות שהם ב"ח כדין טען כדתנן הכותב נכסיו לבנו וכולי מכרם האב מכורים עד שימות האב וכו' ע"ש ונראה דאם נתנם אחר שלוה מהיום ולאחר מיתה אע"ג דהפירות הם בני חורין טורף גוף הקרקע ולא ימתין לאכילת הפירות (א"ה עכ"מ) :

סימן קי"ב

א' דין א' ואם שעבד נכסיו שקנה ושיקנה וכו' יש להסתפק אם נפלו נכסים כשהוא גוסס אם נשתעבדו לב"ח דא"ל כדאמרי' בפ' י"נ לר"מ אדם מקנה דשלב"ל אם נפלו לו כשהוא גוסס לא קנה ה"נ בשעבוד א"ד אלים כח השעבוד וכן משמ' קצת מדאמרי' בפ' מ"ש ת"ש נפל הבית עליו ועל אביו וכולי ואם"ד דאקני לא משתעבד נהי דהאב מת ברישא דאקני הוא וכולי משמע דכל שהאב מת א' אפילו הבן היה גוסס בשעת מיתת האב משתעבד לב"ח ודוקא מת בן א' לא קנה והא דאמרי' התם אליבא דר"מ לא תיבעי לך דודאי קנה אע"ג דלר"מ נמי כ"מ דאפי' נפלו לו כשהוא גוסס משתעבד מש"כ במקנה דשלב"ל מ"מ לר"מ פשיטא ליה דמשתעבד וכן אינו יכול לחזור קודם שבאו לעולם לדעת רוב הפוסקים :

ב' הג"ה וי"א כיון דקי"ל אחריות ט"ס הוא וכו' זה דעת הרשב"א וכתב הלח"מ דהא דפריך בח"ה וליחוש דילמא דאקני א"ל וכו' ה"ד לגבי מטלטלי' אג"מ דאין כתב אחריות על מטלטלי' אלא על הקרק' דוקא ע"ש וכ"כ בס' לחם רב סי' מ"ה ע"ש ובזה ניחא מ"ש התוס' שם וז"ל כגון שמכר ולקח לאלתר המ"ל א"ה אפי' בית ושדה נמי וכולי דלגבי קרק' אמרינן אחריות ט"ס אפילו בדאקני ולכך אינו מעיד על בית ושדה אבל התו' ס"ל דלא אמרי' דאחריות דאקני ט"ס כמ"ש התו' בבכורות דף מ"ט בד"ה ודידיה וכולי ע"ש והר' הלכות יו"ט דקל"ג הביא ראיה הפך הרשב"א מדאמרי' בירושלמי ס"פ מי שהיה נשוי הדין דיזיף מן תרי בני נשא וכולי פשר מן הראשון אר"פ אתא עובדא קומי ר' ירמיה אמר פשר אר"י ולא כ' דאקני לא אתיא אלא ביורש אר"ת אפי' בב"ח אתיא בההיא דלא כ' דאקני ע"ש הרי בהדי' דבעי' שיכתוב דאקני וכל שלא כתב ל"א ט"ס ולכאור' נר' כמ"ש הב"י בפ' מי שמת וז"ל מיהו איל"א כ' אחריות אפי' בדאקני אחריו' ט"ס אבל בשכתב אחריו' נכסי' שקנה ולא כ' דאקני אין לנו אלא מה שפי' וזה דעת הריטב"א ורבותיו עכ"ל ומרן הב"י סי' מ"ג הביא דבריו וכ' ואפשר דהרשב"א נמי מודה בהא ע"ש וכ"כ הב"ח על הטור שכ' בשם שהרי לא היה טורף הקרק' שקנה באייר כיון שלא כ' לו דאקני וכו' אע"ג דבסי' קי"ב כ' הסכמת הרא"ש דאקני נמי הוא ט"ס היינו דוקא בדלא כתב לו אחריות כלל אבל היכא דכתב לו דקנה ולא כ' לו דאקני מודה הרא"ש דאינו טורף ממי שקנה אח"ך ע"ש וא"כ א"ל דר"ח בירושלמי בדכתב אחריות שקנה ולא כ' דאקני וכן ראיתי לה' בעצמו בס' קהלת יעקב דק"ז ע"ג ע"ש אבל מדברי המ"מ בפ' כ"ג מה' מלוה והביאו מרן הב"י בסי' מ"ג שכתב אבל הרשב"א סובר וכולי וא"כ מאוחרים כשרים אפי' לא כ' בהן דאקני משמע דאפי' כ' אחריו' שקנה ולא כ' דאקני דט"ס הוא והרשב"ש בספר תקון סופרים שער כ"ג כ' וז"ל ונראים דברי האומרים שמי שלא כ' לב"ח דאקני ולוה וקנה ומכר שאינו טורף אותם ולא אמרי' אחריות ט"ס הוא אלא מה ששעבד לו כתב ומה שלא כתב לא שעבד וכו' ע"ש (א"ה עכ"מ בקונטרים ואח"ך מצאתי כתוב בקונטרים אחר וז"ל והרב כנה"ג וכו') והר' כנה"ג כ' להפך דאם לא כתב אחריות כלל לכ"ע אמרי' אחריות ט"ס אפי' שעבוד דאקני אבל אם כתב אחריות ולא כתב דאקני פליגי לסברא א' לא אמרי' אחריות ט"ס ולי"א ה"נ אחריות ט"ס עיין שם ולפ"ז ק' מהירושלמי לי"א (א"ה עכ"מ) :

ג' וי"א דקיימא לן אחריות טעות סופר הוא וכו' ה' ש"ך הכריע דהא דקיימא לן אחריות טעות סופר היינו אפילו ידוע שלא התנה על אחריות אבל לגבי דאקני צריך להקנותו בפי' אלא דשטר הבא לפנינו אמרי' מסתמא התנה גם על הנכסים שיקנה ולכך פריך בפר' ח"ה וליחוש דילמא דאקני א"ל וכו' ובזה ניחא מה שהק' המ"מ על הרמב"ם שלא ביאר דשט"ח המאוחרים אינם כשרים אלא אם כן כתב בהם דאקני דהא מסתמ' אמרי' התנה גם על הנכסים שיקנה ובזה תוכל להשוות כמה פוסקים להדדי וכולי עש"ב וכבר השיגו הרב בני יעקב דף ד' ע"ג מדברי הרמב"ם בפרק כ"א שכתב ב"ח גובה את השבח וכו' לפיכך ראובן שלוה משמעון מנה וכ' לו שאני עתיד לקנות וכולי וחזר ולוה מלוי וכתב לו שאני עתיד לקנות וכולי וא"א כיון ששטר יוצא לפנינו אפילו מסתמא אמרינן התנה בדאקני וכן כתב הרמב"ם בפרק ד' וז"ל אבל הקרקעות שקנה אחר שלוו מב"ח הרבה אף ע"פ שכ' לכל אחד מהם מה שאני עתיד לקנות משועבדי' לך אין בהם דין קדימה וכולי לוה וכתב לו שאני עתיד לקנות משועבד לך ואחר כך קנה שדה וחזר ולוה מאחר הרי השדה משועבד לא' וכולי משמע דאם לא כתב לו שאני עתיד לקנות לא נשתעבד לא' מיהו מדין א' יש לדחות דסביר"ל דאם כתב לא' שאני עתיד לקנות ולא כתב לשני כן משועבד לא' ולא לשני דאף ע"ג דאחריו' דאקני טעות סופר היינו דוקא בסתם אבל אם כ' לא' דאקני ולאחר לא כתב לא אמרינן אחריות טעות סופר כמו שכתי' מהרא"ב והרב כנה"ג עיין שם ואם כן מ"ש אף על פי שכתב לכל אחד מהם מה שאני עתיד לקנו' וכו' הוא לרבותא דאפילו כתב לא' דאקני אין לו קדימ' ואם קדם וגבה אפילו האחרון זכה דה"ד כשכתב גם כן לשני שאני עתיד לקנות דאם לא כן משתעבד לא' ולא לשני אבל ממ"ש לוה וכתב לו שאני עתיד לקנו' ואח"ך קנה וחזר ולוה וכו' משמע דאם לא כתב לו שאני עתיד לקנות לא משתעבד לא' אלא לשני וכן כתב בפר' כ"א וז"ל לפיכך ראובן שלוה משמעון מנה וכ' לו שאני עתיד לקנות וכו' וחזר ולוה מלוי וכתב לו שאני עתיד לקנות וקנה אחר כך שדה ומכרה ליהודה והשביחה וכו' חולקי' אותה בשוה וכו' עיין שם וכן מבואר בתשובות הרשב"א חלק רביעי סימן כ"ח דאפילו בשטר לא כתב דאקני לא אמרינן טעות סופר למ"ד עיין שם וכן נראה מדברי הרי"ף בתשו' סימן קל"ט ומדברי בעל התרומות שער מ"ג חלק רביעי סימן ב' עיין שם באורך ומהרש"ך חלק שני סי' מ"ד כתב דאפילו כתב בשטר אחריות סתם לא אמרינן דמשמע נמי על אחריות דאקני מדאמרי' בפרק ח"ה וליחוש דילמא דאקני א"ל וכו' ולא אמר וליחוש דילמא כתב לי' אחריות עיין שם ונראה דלא אמרינן כיון דבלאו הכי לא

צריך

צריך לכתוב אחריות להכי כתב אחריות לטפויי אחריות דאקני וכי האי גוונא כתב הרדב"ז חלק ב' סי' תקפ"ז גבי שנים שלוו בשטר אחד וכתבו שהם ערבים זה לזה וכו' כיון דלא הוצרך לכתוב ערבים זה לזה בלא"ה הוו ערבים זה לזה לטפויי מילתא אחריתי וכו' ופשיט' דלסופר' דשטרא כתב ליה הכי דכולי עלמא לא גמירי וכו' ע"ש והרמ"ה בפרק מ"ב סימן קס"ה כתב וז"ל אלא מיהו איכ' לעיוני וכולי הכא במאי קני ליה בעל חוב להאי שבחא אי משום דכתב ליה דאיקני האי שבחא דאשבחא לוקח לאו בכלל דאקני הוא דאימת קנייה הלוה וכולי הא כי אתא האי שבחא לבתר זביני דלוקח הוא דאתא והויא שעתא לא הוה ליה ללוה זכותא בהאי ארעא ולא בשבח' כלל וכו' דע"כ לא מ"ל לשמואל דאיקני מהו אלא בדכ' ליה דאקני וכו' והכי משמע לישנא וכו' ותו מדייקי' בפ' ח"ה וכו' ומסתברא דלא משכחת לה אלא כגון דכ' לי' לישנא דמשמע מיניה דשעבד ליה שבחא והיינו דוקא כגון דכתב ליה דאקני אנא ומאן דאתי מחמתי' דמשמע דמשעבד ליה מאי דאשבחיה נכסים אפילו גבי לקוחות ויורשין אי נמי דכתב ליה דשעבד ליה נכסים אינון וכל שבחא וכו' עד כאן לשונו הרי דסבירא ליה דמה שעתיד לקנות לא משתעב' בסתם עד דכתב ליה דאקני ושבח אפילו כתב ליה לא משתעבד עד דכתב ליה דאקני אנא ומאי דאתי מחמתי' או נכסים אינון וכל שבחא וכו' וכן כתב מהר"י ן' מיגש בפרק מ"ש וזה לשונו ואי סלקא דעתך וכולי מאוחרים אמאי כשרים וא"ת והלא מאי דאקנ' משתעבד וכו' היכא דלא כתב ליה דאקנ' דודאי אי אינון נכסי דזבין ליה לאייר לא משתעבדי ליה למלוה מאוחרים אמאי כשרים וכולי תשובה וכולי ה"ק אא"ב דאקני משתעבד מתניתין משכחת לה בדאית בה דאקני אא"א דאקני לא משתעבד האי מתניתין היכי משכחת לה עיי"ש :

ד' ואפי' דאקנה נמי ה"ד בדלא כתב אחריות כלל אבל אם כתב לו דקנ' ולא כתב לו דאקנ' מודה הרא"ש דאינו טורף ממה שקנה אח"ך כן הכריח הב"ח בסימן מ"ג מדברי הטור עיין שם :

ה' יכול לחזור בו כל זמן שלא קנה כ"כ הרש"בא בחי' לגיטין דף ל' דכל שלא בא לעולם פשיטא דיכול לחזור מדאמרי' לוה ולוה ואח"ך קנה יחלוקו אלמא מדמלי לסלוקי מתאי דאקנה ע"י שלוה משני ש"מ דיכול לחזור בו עיין שם והש"ך הכריע הפך זה מדאמרי' בפ' מ"ש ת"ש שט"א המאוחרי' כשרים ואם"ד דאיקני לא משתעבד אמאי כשרים דאקני הוא וכולי וא"א דיכול לחזור ק' הא אפילו משתעבד ניחוש דילמא חזר בו בפני עדים דלא משתעבד דאקני עיין שם וכבר כתבתי בסי' ס' דין ו' דבאומר מעכשיו אינו יכול לחזור ובהכי מיירי התם עש"ב ועוד נראה לכאורה דאע"ג דאם לא כתב דאקנ' וספק אם אלו הנכסים היו ביד הלוה בשעה שלוה או לאחר שלוה וקנה ומכר אפילו המלוה טוען ברי' והלוקח טוען שמא כיון שהלוקח מוחזק והמלוה בא להוציא מידו עליו להביא ראיה כדמוכח בפרק מ"ש דאמרינן ואם"ד דאקני לא משתעבד מאוחרים אמאי כשרים וכולי וכתב רשב"ם והלוה שמא קנה זה אלו נכסים בין ניסן לתשרי ולא נשתעבדו למלוה וכו' אלמא מספק על המלוה להבי' ראיה וכן כ' הטור ומרן אם כתב לו דאקני למאי דקי"ל דאקני משתעבד אף על גב דאיכא לספוקי שמא חזר בו המלוה מיקרי מוחזק כיון ששעבד לו נכסים והספק אם חזר לעולם מעמידין הדבר כמו שהיה מעיקרא וכי ה"ג קיימא לן בסוף סימן רמ"א באומר לחבירו אני נותן לו כך וכך על מנת שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו אבל אם אמר ליה על מנת שלא תעשה על הנותן להביא ראיה שבטל תנאו וכתב הסמ"ע הטעם דלעולם מעמידין הדבר כמו שהיה מעיקרא ומשום הכי צריך להביא ראיה שנשתנה הדבר עיין שם והכא נמי אם לא כתב לו דאקני והספק אם אלו הנכסים קנאם אחר הלואה על המלוה להביא ראיה שקנאם קודם ההלואה ונשתעבדו לו אבל בששעבד לו וס' אם חזר הרי הוא בחזק' שלא חזר ולא נשתנה מיהו הטור ומרן בסימן פ"ב סי"ב כתבו טען הלוה שהשטר נעשה על התנאי וכו' אם הוד' המלוה שנעשה על תנאי אלא שאומר שעדיין לא קיימו הלוה על המלוה להביא ראיה ואם אין לו ראיה נשבע הלוה היסת ונפטר עיין שם אלמא אפילו בתנאי בקום עשה נאמן הלוה שקיימו וכבר כתבתי שם דסבירא ליה דדוקא במכר ומתנה בתנאי בקום עשה מעמידין הדבר כמו שהיה מעיקרא ועל המקבל להביא ראיה שקיים תנאו להוציא אבל במלוה לא אמרינן הכי להוציא ממון מחזקת הלוה דחזקת ממון עדיפא עיין שם באורך ואם כן הכא נמי הוי בחזקת שלא נשתנה והרא"ב"ד בספר תמים דעים סימן ס"א גבי הרשאה כתב וזה לשונו בטענת חזרה לא מדאמרינן חזקה שליח עושה שליחותו הכא נמי אמרינן חזקת בעל הבית מעמידו בשליחותו ולא מצי האיך למימ' ליה דילמא הדר וכולי תדע שהרי הולך מנה לפ' במתנה קיימ' לן דהולך לאו כזכי ואי בעי למהדר ביה מצי הדר ביה ואפילו הכי מסתמא אזיל שליח ויהיב ליה למקבל מתנה ולא חיים לחזרה אלמא מסתמא מוקמי' לבע"ה עומד בדבורו עיין שם אלמא אמרינן בחזקת שלא חזר וה"נ בחזקת שלא חזר בשעבוד הנכסי' וכה"ג כ' התוס' במליעא דס"ו בד"ה התם וכולי דאית לן למימר דאפילו היה יודע שיכול לחזור לא היה חוזר כי היכי דליקו בהימנותיה עיין שם וכ"ש גבי ב"ח דמסתמא לא חזר דלא ליהוי רשע ולא ישלם כדאמרי' בפ' ח"ה עיין שם וכ"ש הכא דאיכא ס"ס שמא נכסים אלו היה ללוה בשעת הלואה ואת"ל קנאם אחר הלואה שמא לא חזר בו ונשתעבדו למלוה ואיכא רבוותא דס"ל דמוציאין מיד המוחזק בס"ס ואף לדעת רוב האחרונים דאין מוציאין מיד המוחזק אפילו בס"ס וכן הסכים ה' כנה"ג בסימן כ"ה הגב"י אות ע"ה עיין שם הכא דאין הלוקח מוחזק מעיקרו בנכסי' דשמא נשתעבדו למלוה אפשר דלכ"ע מוציאין מהלוקח מכח ס"ס ועוד נראה דאינו נאמן לומר שחזר רק בפני עדים כנראה מדברי הש"ך דבעינן שחזר בפני עדים וכן מצאתי להריטב"א בחי' לקידושין ר"פ האומר וז"ל לא בא אחר וקדשה וחזרה בה בפני שנים אבל בינה לבין עצמה לאו חזרה היא ואפילו שמעוה מאחורי הגדר שחזרה בה ומחשבה גרידא חשיב' וכן הדין בכל דבר שצריך חזרה וכולי ע"ש הרי שכ' בכל דבר שצריך חזרה צריך בפני ב' עדים אבל חזרה בינו לבין עצמו אפי' שמעו העדי' מאחורי הגדר אינו כלום וכ"כ בעל העיטור בדיני קידושין דק"ט ע"ב ומסתברא דחזרה בה דקאמר שיש עדים שחזרה בה קודם וכו' ע"ש :

וראיתי למהרשד"ם חא"ה סי' קפ"ט שכ' באשה שנתנה מתנה מנ"מ שלה ונשבעה שנתן לה בעלה ליתן ואע"פ שכ' המרדכי נשאל לר"מ ראובן שטען על שמעון אשתך שהיתה בשעת פטירתה צותה לך ליתן לי ממלבושיה כו"ך ונתרצה לה וכולי אם ראובן אינו עני שיש לו ר' זוז יכול שמעון לומר אע"פ שאמרתי שאני רוצה חוזרני בי א"כ יאמר האומר שיטענו היורשים של האשה שמא חזר הבעל מאותו כח שנתן לאשתו וכו' מ"מ

מהא

מהא לא איריא דודאי אם קודם שזכתה במתנה היו אומרים כך ודאי שהדין כן אבל אחר שזכתה הבת במתנה אין להוציא מידה וכולי ואפילו הבעל עצמו אם היה אומר חזרתי בי אינו נאמן אא"כ היה מוכיח בעדים נאמנים שקודם זמן המתנה בטל כחה וכו' עיין שם הרי דס"ל דאינו נאמן לומר שחזר בלא עדים וה"נ צריך להביא עדים שחזר מהשעבוד קודם שקנה הנכסים :

ו' ויש חולקין וכולי היינו דוקא בכתב לו שטר שהרי בשעבוד דאקני פשיטא דבעינן כתב אבל כל שלא כתב לא כמכלה דעתיה אפילו קנו מידו הרב בית יהודה חלק ראשון סימן כ' עיין שם וליתא שהרי בעה"ת כ' בשם הרי"ף דקנין יש לו קול וטורף ממשעבדי עיין שם והכי קי"ל בסימן ט"ל עיין שם א"כ פשיטא דה"נ בשעבוד דאקני אם קנו מידו נשתעבדו לו דדין שטר יש לו ועיין בשו"ת קול אליהו בסימן ב' שתמה מה"ר ישראל על מרן דבעל התרומות בשם הרי"ף לא אמר אלא דגובה בשטר :

ז' דין ד' והמאוחר טוען שלאחר שלוה מבניהם וכו' כ' הסמ"ע הא דלא כתב שטוען המאוחר שביני ביני קנאם ובהוא שלו לבדו כמ"ש בסי' ק"ד מש' דהיא טענ' גרוע וכו' והש"ך כ' בשם הגאון אביו דלוה וקנ' ולו' משתעבד לא' אפי' לא כתב לו דאקני עיי"ש וכן ראיתי בתשו' הגאונים ח"ב סוף שער ו' שכ' לוה וקנה וחזר ולוה לקמא משתעבד ואין לשני אלא מה ששייר הא' ודמי לקנה ולוה וחזר ולוה דאמרי' כל הקודם בשטר זכה וה"מ במקרקעי אבל במטלטלי לית בהו קדימה כלל עכ"ל משמ' משתעבד לא' אפי' לא כתב לו דאקני דומיא דקנה ולוה וחזר ולוה דהקודם בשטר זכה וגם ה' חוקות הדיינים סי' קל"ח גבי כתובת אשה וב"ח דב"ח גובה במטלטלין ולא האשה וכו' וז"ל ואפי' הרי"ף מודה שאם קדמה כתובת אשה לב"ח וקנה ואח"ך לוה בזה ודאי אמרינן דאין נותנים אותם הנכסים אלא לאשה וכו' כיון שקנה אותם הנכסי' קודם שלוה המעו' ע"ש אבל אין נר' כן מדברי הרמב"ם בפ"ך מה' מלוה והסמ"ג עשין מ"ה שכ' וז"ל לוה וכת' לו שאני עתיד לקנות מבעבד לך ואח"ך קנה שדה וחזר ולוה מאחר הרי השדה מבועבדת לא' וכו' משמע דאם לא כתב לו שאני עתיד לקנות לא נשתעבדו לא' וכן נר' דעת מהרשד"ם חא"ה סי' קמ"ג והמבי"ט ח"ב סי' רכ"ד דלוה וקנה ולוה אם לא כתב לא' דאקני לא נשתעב' לו ע"ש וכן נראה מדברי הב"י סי' מ"ג גבי שטרי מקח וממכר המאוחרים וכו' דלוה וקנה ולוה דדוקא בכת' דאקני הוא דנשתעבדו לא' דוקא ע"ש וכ"כ בעל התרומו' שער מ"ג ח"ד סי' יו"ד ע"ש וכ"כ הריטב"א הובא בש' א"ז לכתובות דל"א ע"ב גבי וטרפה בכנוה וכולי וז"ל וי"מ מאי טרפה שייך הכא א"א דאית ליה למוכר נכסי למטרף אמאי לא קא"ל לוקח לב"ח דליזיל וליגבי מנייהו וכו' וי"ל כגון שרלה להמתין כשיקנה המוכר נכסים א"נ שיש שם נכסים שקנה מוכר בין הלואה זו וחזר ומכר ולבעל חוב לא כתב דאקני דבעל חוב לא מלי טריף מנייהו דהו"ל לוה וקנה ומכר דלא משתעבד ולוקח מלי טריף אע"ג דלא כתב ליה דאקני דהו"ל קנה ולוה ומכר דאשתעבד וכולי עיין שם הרי דסבירא ליה דלוה וקנה ולוה לא משתעב' לא' אלא לשני ולכך נשתעבד ללוקח שהוא אחר הקנייה ולא לב"ת שהוא קודם ונראה דלדעת הסמ"ע דטענה גרועה היא אינו נאמן אפילו טען הוא כן כמ"ש מהר"ם בתשו' הקלרות סימן ע"ו דכל טענות גרועות לא מהימני' להו אלא במגו דטענת סטראי או מחלת לי וכ"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק כ"ב ע"ש וה"נ כי ליכא מגו כגון שיש עדים שקודם שלוה מטני היה הקרקע אללו אין השני נאמן לומר שקנאו אחר שלוה מא' ואפילו ליכא עדים יש להסתפק אם נאמן במגו דהוי כמגו להוציא (א"ה עכ"מ) :

ח' מלוה שבא לגבות מקרקע הלוה וטען הלוה שאין הקרקע מוחלט לו שקנאו מלוי ועשה לו הטבה לזמן פלוני אם שטר ההטבה כתקנו ולא עבר הזמן ימתין עד הזמן ויגבה מהנכסים או הקרקע ואם ירלה יקח הקרקע בעד חובו וכשיגיע הזמן אם יפדנה לוי יתננה לו ויכתוב לו שטר חיוב שומעין אבל אם אין שטר הטבה ביד לוי אפילו יש שני עדים מעידים שמכרה לו בהטבה טורף הקרקע דשמא הטבה לא היתה כתקנה או שכבר עבר הזמן ונחלט לו ואפילו יעידו שההטבה כתקנה ולא עבר הזמן שמא מחל לו התנאי ונחלט לו הכנה"ג בתשו' חלק שני סימן ז' ע"ש וכ"ל דאפילו הלוקח יטעון כן שמח' לו התנאי אינו נאמן וכ"ש שאין טוענים לב"ח שלו דאין לו רק שעבוד נכסים (א"ה עכ"מ בקונטרים זה ואח"ך מלאתי בקונטרים אחר כתוב וזה לשונו אחד שמכר קרקע וכו') :

ט' אחד שמכר קרקע לזמן בהטבה כדין שהלוקח אוכל פירות ובתוך הזמן לוה ובהגיע הזמן הביא המעות ללוקח והחזיר לו הקרקע נראה דהוה ליה כלוה ואחר כך קנה דלא משתעבד לבעל חוב משום דבזמן שלוה אין הקרק' שלו דגוף ופירות קנוי ללוקח וכשפדאו אחר כך הוה ליה דלא נשתעבד לבעל חוב והרב תרומת הדשן סימן של"ט כתב על מדינה אחת בכל הישראל שהחזיק במשפט קרקעות של גוי לוה שלו הרי הוא כממונו למכור למי שירלה אך אם יבא הגוי קודם שימכו' ויפר' לישראל המלוה כל החיוב וההולאות לריך הישראל להחזי' לגוי יש להסתפק אם בא הישראל לאחר שהחזיק הנכסי' כמשפט למכור לישראל חבירו הכח והזכות שיש לו באותם הנכסים אם יכולה האשה לעכב מחמת שעבוד הכתובה כמו בשאר הקרקעות של הבעל או לא כתב וזה לשונו אמנם נראה שאם החזיק הישראל בקרקע הגוי שהכנים דיורים בבתים וכי האי גוונא איזה זמן אף ע"פ שעדיין ביד הגוי לפדות מכל מקום חשיב הקרקע כגבוי לישראל כל זמן שלא פדאם הגוי וכח שעבוד כתובת האשה עליו והראיה מהא דפרק כ"ש אמר רבה בר אבוה יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם ב"ח חוזר וגובה אותה מהם ודייקי' מינה התם דב"ח למפרע הוא גובה וכו' והשתא נהי נמי למפרע הוא גובה הכתי אמאי גובה ב"ח מהם הא קי"ל בפ' המפקיד דשומא הדרא לעולם וא"כ עדיין יד הלוה הא' על הקרקע לפדותו ולמה תחשב הקרקע של אבי היתומים האלו הואיל יכולה ללאת מתחת ידו התחשב עדיין כחוב דעלמא דהוא כמטלטלין אלא ע"כ כיון שגבה הקרקע וכו' אע"פ שעדיין ביד הא' לפדותה מ"מ חשיב מקרקעי דשני שהוא בידו אע"ג דיש לדחות ההיא ראיה דשומ' הדרא לעולם וא"ל ההיא דלמפרע הוא גובה כגון שהשביח או שנתייקרה דתו לא הדרא כדאיתא באשירי פ' המפקיד דהתם איתמר דמשמע אם גבו היתומי' קרק' היום ב"ח חוזר וגובה לאלתר עכ"ל הרי דס"ל דחשיב מוחזק של המלוה וב"ת גובה ממנו ומה שדחה הך דלמפרע הוא גובה כגון שהשביח וכולי זה דעת הרא"ש אבל אנן קי"ל בסימן ק"ג דאם השביח מחמת הולאה נשב' ונוטל כדין היורד ברשות ואם השביח מאליו כגון שנתייקר' אינו נותן אלא דמי חובו בלבד ע"ש א"כ אפי' השביח או נתייקר' חוזרת מיהו יש לדחות דמיירי כגון

שמה

שמה הלוה ליתומים מדעתו דהוה חוזרת כמבואר בפ' המפקיד ובסי' ק"ג ע"ש אלא דסתמא איתמר דמשמע אפי' שמו להם ב"ד ב"ח גובה מהם אבל התוס' במליע' דפ"ז גבי משכנת' דבאתר' דמסלקי דאין ב"ח גובה הימנה כ' וז"ל דהוי כמטלטלי דיתמי דלא משתעבדי לב"ח ול"ד ליתומים שגבו קרקע בחובת אביהם דב"ח חוזר וגובה אותה מהם אע"ג דשומא הדרא לעולם דלא הדרא אלא משום ועשית הישר והטוב וכו' ע"ש הרי שלא תי' כגון שנתייקר' או שמה הלוה מדעתו ליתומים משום דסתמ' אתמר אבל בהני התם דלא הדרא משום ועשית הישר והטוב וא"כ נר' לכאורה כיון דהגוי יכול לסלק הישראל בכל זמן שיביא לו מעותיו נרה' דדמי למשכנת' באתרא דמסלקי דלא חשיבא מוחזקת למלוה ולכך אין ב"ח גובה ממנה וכן הטבה שיכול לסלקו בכל זמן שיביא לו מעותיו לא חשיבא מוחזק' למלוה ואין ב"ח גובה ממנה ולא בכור נוטל בה פי שנים דחשיבא ראוי אבל הטבה לזמן שאינו יכול לסלקו בתוך הזמן דמיא למשכנת' באתרא דמסלקי דב"ח גובה ממנה והבכור נוטל בה פי שנים דחשיבא מוחזק' למלוה וכשפדאה הלוה הו"ל כלוה ואח"ך קנה:

ושוב ראיתי בתשו' בש' גנת ורדים כלל ג' סימן ל"א שכ' בראובן שמכר קרקע לשמעון בהטבה ומת ראובן ובאה אלמנתו דאין זכות זה בכלל השעבוד ואין אשה וב"ח יכולים לכוף את שמעון שימכור להם הקרקע דאין השעבוד חל אלא על הממון שבידו והביא ראיה מדברי התה"ד דאף שהבית בחזק' ישראל למוכרו לכל מי שירצה אפ"ה כיון שביד הגוי לפדותו לא חל עליו השעבוד כ"ש בכ"ד שהבית קנוי לגמרי לשמעון דלא חל עליו שעבוד הב"ח בשביל הטבה עש"ב וכן כתב ה' עדות ביעקב סימן מ"ז דלא שייך דר' נתן דמוציאין מזה ונותנים לזה אלא בחוב דמלוה אבל בחיוב כזה שעשה הלוקח בהטבה דכשמביא לו מעותיו לזמן פ' יחזור וימכור לו הקרקע לא אמרינן כשם שנתחייב לחזור ולמכור למוכר משתעבד ונתחייב למכור לב"ח ועוד הוכיח ה' שם דכ"ד דיקרי ראוי לגבי הלוה ואין הבכור שלו נוטל בה פי שנים דבס"פ השולח מסייעי' רבא לר"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי מדתניא דבכור נוטל פי שנים בשדה החוזרת לאחים מחמת שמכרה אביהם דאי דחזרה בחיי אביהם פשיטא ואשמעינן דגוף הקרקע לא היה קנוי ללוקח וכו' דאי כקנין הגוף דמי הו"ל ראוי וכולי עיין שם אלמא למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי הוא דמיקרי המוכר מוחזק אבל לר"י דקנין פירות כקנין הגוף דמי הלוקח הוא המוחזק והמוכר ראוי ובנו הבכור אינו נוטל בה פי שנים וכ"ש בכ"ד דלקח הקרקע במכירה גמורה גוף ופירות אף שחייב לחזור ולמכור כשיביא לו מעות הלוקח מיקרי מוחזק והמוכר ראוי עש"ב וא"כ ה"נ כיון דהגוף והפירות מוחזק ללוקח אם המוכר ליה בתוך הזמן ולא כתב לב"ח דאקני וכשהגיע הזמן פרע ללוקח המעות והחזיר לו הקרקע הו"ל כלוה ואח"ך קנה דלא נשתעבד לב"ח מיהו הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סימן רע"ח כ' וז"ל שאלת משכנתא באתרא דלא מסלקי גרסי' בפ' אז"נ דבכורו של מלוה נוטל בה פי שנים וכולי ובס"פ השולח תניא בכור נוטל פי שנים בשדה החוזרת לאביו ביובל ומי עדיפא משכנתא ממכירה וכו' וא"א שיטלו בה פי שנים בכורו של מלוה ובכורו של לוה תשו' כן הוא באמת כי בכורו של מלוה נוטל פי שנים במלוה ובכורו של לוה נוטל פי שנים בגופה של שדה אפילו פדאו לאחר מיתת אביהם וכו' ותשו' הרשב"א היא בח"ג סי' קל"ח וסיים וז"ל וכן כשמכרו בזמן שהיובל נהוג בכורו של לוקח נוטלים בה פי שנים עד שנת היובל שחוזר ומוכר ואפי' לר"ל דאמר קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי דהשתא מיהא מוחזק' היא בידו של לוקח וב"ח גובה ממנו שאינו כמטלטלי דיתמי ותדע דאלת"ה בטלת ירושת בנו הבכור לר"י בזמן שהיובל נהוג דאית ליה דהאחים שחלקו לקוחות ומחזירים ז"לז ביובל וכן מכ"ע בשדה מקנה וכ"ש לר"ל דאמר קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי דקי"ל כוותיה וקי"ל נמי כהיא דר"פ דאמר דמשכנתא באתר' דלא מסלקי בכור נוטל בה פי שנים אע"ג דלאחר זמן מסתלק הנ"א ודאי כדאמרי' עכ"ל הרי דס"ל דמשכנת' באתר' דלא מסלקי הוי מוחזקת למלוה וללוה ובכור נוטל בה פי ב' וכן ב"ח גוב' ממנ' וכן בשדה אחוזה לכ"ע ובירושלמי פ' מי שהיה נשוי גבי כתובת בנין דוכרין אמרי' היה בש שדה והיא עתידה לחזור ביובל רואים אותה כאלו חזרה ופי' ה' קרבן העדה היה שם שדה שמכר ועתידה לחזור ליורשי' ביובל חשבי' לה לירושה ואם ע"י שדה יש מותר דינר גובים כתובת ב"ד ואם הוא בהפך שהניח שדה שקנאה ועתידה לחזור ביובל לא חשיבא להך שדה בכלל הירושה וכו' עיין שם משמע דגם לר"י דקנין פירות כקנין הגוף דמי המוכר מיקרי מוחזק דסתם הירושלמי הוא ר"י מיהו נראה דה"נ בהפך שהניח שדה שקנאה הלוקח מיקרי מוחזק כמבואר בתשו' הרשב"א דבכור של מלוה נוטל בה פי שנים:

אבל יש להסתפק במכר קרק' בהטבה והתנה המוכר דכשיביא לו המעות יחזיר לו הקרק' דאסור לו ללוקח לאכול הפירות מי הוי כלוה ואח"ך קנה או לאו ולכאורה נר' דה"נ הוי כלוה ואח"ך קנה דלא משתעבד לב"ח ואמינא לה ממ"ש מהרב"א בש"מ לכתובות פ' אע"פ גבי האומר לחבירו שדה זו שמכרתי לך לכשאקחנה ממך תקדוש וכו' וז"ל יש לדקדק קצת ל"ל למנקט שמכרתי לך מאי רבותא איכא כיון שכבר מכרה לא הול"ל אלא שדה זו לכשאקחנה ממך וכולי דמ"ל כשהיתה שלו מעיקרא ומכרה או כשלא היתה שלו מעולם וי"ל דהכא מיירי שמכר השדה לחבירו והתנה המוכר ואמר ללוקח כשיהיו לי מעו' תחזיר לי קרק' זו והיינו דקאמר לכשאקחנה ממך וכולי ואע"ג דהפירות של מוכר כמו שפסק הרמב"ם בפי"א מה' מכירה אפ"ה אתקיף ליה שפיר ר"פ מי דמי התא וכולי דה"ע דמוכר אוכל פירות לפי שאנו חוששי' שמא המוכר יביא המעות ונמצא שאכל לוקח שכר מעותיו לפיכך המוכר אוכל פירות ומדין רבית נגעו בה אבל כל שלא הביא המוכר מעות גופה ופירות בידא דלוקח וכו' עכ"ל הרי דמכר לזמן אפי' כשהמוכר אוכל פירות אם אמר לכשאקחנה ממך תקדוש לא קדשה דכל שלא הביא המוכר מעות גופה ופירות בידא דלוקח אבל האומר שדה זו שמשכנתי לך לכשאפדנה ממך תקדוש קדשה כיון דגופ' ברשות מקדיש וה"נ נר' דאם מכר קרק' בהטבה ולוה ואח"ך פדאה הקרק' הו"ל כלוה וקנה כיון דבשעה שלוה היה הקרק' גופ' ופירו' בידא דלוקח כשפדאו אח"ך הוי כלוה ואח"ך קנה אבל אם היה ממושכן כיון דגוף הקרקע בחזקת בעליו עומד והוי דבר שברשותו אם פדאו אחר שלוה לא הוי כלוה ואח"ך קנה וב"ח טורף אותו מיהו בירושלמי ס"פ מי שהיה נשוי אמר מי שיש עליו ב' ב"ח ונתפשר עם הא' וסלקו מהקרק' אין השני יכול לטרוף מהלוה קרק' שהשאיר לו (א"ה עכ"מ):

יו"ד ב' מהריט"ץ סימן רל"ה דהב"ח גובה מהבעל מטלטלי אפי' לא כתב בשטר מטלטלי' אג"ק אבל הרדב"ז ח"ב סי' ס"ל דוקא אם שעבד מטלטלי'

אגב מקרקעי ע"ש והתוס' בנדרים דל"ה ע"ב כ' דחייב אדם לפרוע חוב אשתו שהיא חייבת קודם לכן אם הכניסה לו קרקע' או מטלטלי' לאח"ך מתקנת הגאונים ע"ש משמע דמדינא דגמ' אינו גובה ממטלטלי' אלא אחר תקנת הגאונים מיהו נראה דליכא תקנת השוק באשה הנשאת לבעלה כמ"ש מהריט"ץ וכ"כ מהרש"ך ח"ד סימן כ"ט וסס"י ס"ג והרדב"ז ח"ב סי' תנ"א וסי' תקס"ט ע"ש:

י"א אחד שיש לו שט"ח על חבירו ונתנו לבנו במתנה יש להסתפק אם חייב או לא דאע"ג דקי"ל בסי' ס"ו דגם במתנה חייב אפשר דה"ד התם במתנה לאחר ה"ט דמתנה כמכר דאי לאו דעבד ליה נייחא לא הוה יהיב ליה אבל בבנו דלא שייך ה"ט לא כמ"ש ה' מח"א בהל' גביית חוב סימן ב' דמתנה לבנו ליכה תקנת השוק דלא שייך ה"ט דאי לאו וכולי וכ"כ ה' בית דוד סימן ס"ט דאפי' למ"ד דאין מוציאין מהיורשים וממתנת ש"מ למזונות האשה ה"ד בנותן לאחרים או ליורשים שאינם בניו כגון אחיו ואחותו אבל בבנו או בתו מוציאין מהם למזונות דדוק' אחרים שמפסידים הוו כלקוחות מה"ט דאי לאו דעבד ליה נייחא וכולי אבל לבנו ולבתו פשיטא דבלא"ה נותן להם שאהבתו עליהם יותר כמ"ש רש"י בפ' נערה ע"ש וה"נ המוחל שט"ח שנתנו לאחר חייב בכולו מה"ט דאי לאו דעבד ליה וכולי אבל נתנו לבניו וחזר ומחלו אינו חייב בכל אבל מצאתי להרשב"א בס' תולדות אדם סי' קס"ג ובתשו' ח"ה סי' ל"ח שכ' על דברי הגאוני' דאין מוציאין למזונות ממתנה וזה לשונו ואע"ג דטעמא דמתנה שהיא כמשועבדי' משום דאי לאו דהו"ל הנאה מניה לא הוה יהיב ליה מתנה כדאיתא התם ולכאור' לא שייך ה"ט גבי יורש דבין כך ובין כך אדם נותן ליורשיו ואין להם פסידא כלל אפ"ה לא פלוג רבנן א"כ ליורש בעצמו לא היה נותן לו בלשון מתנה אלא מניחו על דינו שתם אא"כ נהנה ממנו וכולי עיין שם ואמרינן בכתובו' דמ"ט אר"ל באומא הכותב כל נכסיו לבניו הוא ואשתו ניזונ' מנכסיו וכולי ופירש רש"י אע"ג דמתנה כמכר לענין שעבוד התם הוא דאי לאו דעבד ליה נייחא לנפשיה לא הוה יהיב ליה אבל בבנו ל"ל הכי וכ' התוס' שם משמע הא לאחר אין ניזונים מנכסיו דמתנה הוי כמכר כפי' רש"י דאי לאו דעבד ליה נייחא וכו' ע"ש ובירושלמי שם אמרינן דלא אמרו אלא כותב הא מוכר לא כתב לבניו ומכר לאחרים מהו מסתברא וכו' ע"ש משמע קצת דאפי' נתן לאחרים מתנה לא הוי כמכר ומ"מ דעת רש"י והתוס' דמתנה לאחרים הוי כמכר אבל לבניו מתנה לא הוי כמכר אבל מדברי הרמב"ם והטור ומרן בסי' רל"ה גבי דאין הבן יכול למכור בנכסי' אביו עד שיהא בן עשרים כ' וכן אם נתנו לו במתנת ש"מ שהיא כירושה אבל אם נתנו לו מתנת בריא דינו כשאר נכסי' שקנה או נתנו לו במתנה וכו' משמע דגם האב שנתן לבנו במתנת בריא לא הוי כמכר וכולי וכ' הריב"ש סימן תפ"ח והביאו הב"י בשם הרמ"ה הטעם שחשבו חכמים דכיון שבאו לו בירושה דלא טרח בהו וממילא אתיא ליה לא קפיד עלייהו וכולי אבל בקרקעות של עצמו לא וכן באותם שנתנו לו במתנה דאי לאו דטרח קמיה לא הוה יהיב ליה ולא ממילא קאתי ליה ולא קפי' עלייהו וכולי עיין שם אם כן אפילו מתנת האב לבנו אמרינן אי לאו דטרח קמיה לא הוה יהיב ליה והוי כמו מכר:

סימן קי"ג

א' דין א' אבל מטלטלי' שמכר או נתן אינו טורף וכולי כ' הרשב"א בתשובות' ח"ה סימן ומסתברא דאפילו בהקדש עניים אומרים כן ע"ש והתוס' בבתרא דע"ז בד"ה קני' וכולי כ' וא"ת ואמאי לא קני מדאורייתא גם שעבוד הקרק' וכולי וי"ל דכמו שאינו יכול להקדישו וכולי והא דלא תקנו רבנן שיכול להקדיש כמו שתקנו שיכול להקנות לפי שאין הקדש כו"ך צריך וכולי ע"ש הרי אפי' תקנו להקנות במכר ומתנה שטרות בכו"מ לא תקנו להקדש וא"כ א"ל (א"ה עכ"מ):

ב' ואם נתנם במתנת שכ"מ וכו' כ' רשב"ם בבתרא דקל"ח וז"ל אם יצא עליו שט"ח קודם שקבלו המעות א"כ כגון וכו' שדות וכו' הילכך אפי' לאחר שגבו גובה ב"ח מהם דמקבל מתנת שכ"מ כיורש שוויה רבנן ומקרקע' דיתמי משתעבדי לב"ח וכו' עיין שם וכן כתב הטור סימן רכ"ג וז"ל ומיירי שנתן להם קרק' או שגבו קרק' וכולי שאלו גבו מטלטלי' לא משתעבדי לב"ח מתנת ש"מ כיורש שויה רבנן וכ' מרן הב"י דהוא נתן טעם למ"ש שאלו גבו מטלטלי' לא משתעבדי לב"ח משום מתנת ש"מ כיורש שויה רבנן וכי היכי דמטלטלי' לא משתעבדי לב"ח ה"נ מטלטלי' דמקבל מתנת ש"מ מיהו היינו לדינא דגמר' אבל האידנא משתעבדי ע"ש וה' נתיבות משפט דף רע"ח ע"ד כ' דס"ל לרשב"ם דלאחר שגבו המעות חשיב כב"ח מאוחר שקדם וגבה ואין מוציאין מידו ואע"ג דכיורש שוויהו רבנן מ"מ עדיף מיורש כמו דאלמוה למתנת ש"מ לענין שאם יש יורש ומקבל מתנה דגובה הב"ח מהיורש ולא ממקבל מתנה ולא חשבי' להו כשני יורשים דב"ח גובה מכל א' כפי חלקו דמתנת ש"מ מיקרי נכסים משועבדי' לגבי יורש ה"נ לענין דהוי כב"ח שקדם וגבה דמה שגבה גבה וכ"כ הטור סימן רכ"ג וכולי שאלו גבו מטלטלי' וכו' דוקא גבו וכו' ובסי' זה שכ' שאם נתנם במתנת ש"מ ב"ח גובה מהם היינו כשלא גבו עדין מקבלין מתנה וגובה מהם מן המטלטלין קאמר עיין שם ועיין בתשו' ה' גו"ר כלל ה' סי' ד':

ג' ואם נתנם במתנת ש"מ וכו' ומתנה דמהיום אם לא החזור בי עד לאחר מיתה ראיתי להדרישה בסימן רכ"ב שכ' על לשון הטור דמוציאי' למזון האשה והבנות ולכתובת' וז"ל מיהו כתם רבי' משו' דמלי' ג"כ שאינה טורפת ממשועבדי' והיינו כשהם מוקדמים לנשואי האשה ואפ"ה היא גובה ממקבל מתנה שקודם לה וכגון שנתן לו בחייו וא"ל מהיום אם לא אחזו' בי עד לאחר שאמות דכה"ג דינו כמתנת שכ"מ לגמרי וכו' וכ"כ בסמ"י רכ"ז בשם הרמב"ם שדינו כמתנת ש"מ לגמרי ומ"ה ג"כ מלי גבי כתובת אשה ממנו אף שהוא מוקדם דהו"ל כאלו מכר מתנתו קודם מיתתו דהוי חזרה ה"ה שעבוד בשעבד לאשתו כל נכסים וכולי עכ"ל וכ"כ מהר"ס בתשובותיו האחרונות סי' ל"ט ע"ש וכ"כ בש"מ למציעא דף י"ט ע"ב בשם תלמידי הר"ף דמתנה מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה אם היה חייב לב"ח או כתובת אשה ומזונות יטרפו ממנה שהרי שעבד לו כל נכסיו שיש לו יכולת בהם והרי יש לו יכולת בזה המתנה לחזור בה כיון דאין נגמרת עד לאחר מיתה וכ"כ הגמ"ר פ"ח דכתובות בשם הר"י מאייבר"א ע"ש גם ראיתי להרשב"ש סי' תי"ד שכ' וז"ל ואע"פ שכתב לה לאשתו מתנה מכל נכסיו ומנהג המדינה הוא שאין הנשים גובות אף בשמירת העיר וכו'

מ"מ

מ"מ המתנה הוית מהיום ולאחר מיתה אם לא אחזור בו וכפי מ"ש המפרשים בפ"ק דמליעא לא נגמרה ההקנאה עד לאחר מיתה א"כ אינם עדיין שלה ולפיכך מנכסיו ע"ש מבואר דס"ל דמתנה מהיום ולאחר מיתה אם לא אחזור בי כיון שבידו לחזור הנכסי' בחזקת הנותן וב"ח גובה מהם אבל הרשב"א בתשו' ח"ב סי' שי"ב כ' וז"ל כל שכתב נכסיו לאחרים בין אשה שרוצה להנשא ומברחת נכסיה מבעלה בין איש שכתב נכסיו לאחרים כדי להבריח נכסיו מן המלוים אם כתבו כל נכסיהם ולא שיירו כלום יש להם דין מבריח ואין מתנותיהם מתנה גמורה ויכול לחזור בהם וכו' אבל כששיירו קצת נכסים מתנה גמורה ואין יכולים לחזור בהם אא"כ התנה בפי' שיוכל לחזור בו כי כל וכו' (א"ה עכ"מ בקונטרים זה ואח"ך מצאתי בקונטרים אחר אחר שכ' בש"מ למליעא וכו' כתוב ובסי' רכ"ב אכתוב וכו') ובסימן רכ"ב אכתוב תשו' מהר"י ן' הרא"ש דס"ל דאפי' מתנה דמהיום ולאחר מיתה דקנה הגוף מהיום ופירא לאחר מיתה הוי כמתנת ש"מ וחביריו חלקו עליו והוכיחו דהוי כמתנת בריא ואין ב"ח טורף ממנה אפי' מתנה דמהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה משום דכשמת ולא חזר בו קנה מדאורייתא' למפרע מיום המתנה וכ"כ ה' משפט לדק ח"ב סימן י"א והר' דברי יוסף סי' י"ח ע"ש וגר' דמחייס לכ"ע כיון שיכול לחזור בו ודאי דב"ח גובה ממנה ועיין בס' שער המלך בפ' כ"ב מה' מכירה דכ"ח ע"ג שכ' במוחל חוב לחבירו אם יכול לחזור כיון שברשותו ממונו הוא וב"ח גובה ממנו אפי' לא חזר ע"ש ובמתנה דזוכה בה מטעם דמלוה לקיי' דברי המת כגון שהושלש מתחילה לשם כך לכאור' מדברי הר"ן בפ"ק דגיטין נר' קצת דאין ב"ח טורף ממנה שכ' וז"ל דלא אמרינן מלד"ה אלא כשהוליא הדבר מרשותו ומניח ביד אחרים וכו' דאלא"ה מתנת ש"מ במקל' אמאי בעי' קנין והא מלוה לקיים דברי המת וכולי וא"א אי משום מלד"ה ב"ח וכתובה ומזונות גובה ממנה אבל מתנה במקלא בקנין אין ב"ח גובה ממנה אבל מלאתי למהר"ס בתשו' הארוכות סי' תתקס"ו בראובן שהשלים מעות ביד שמעון וא"ל תנם לבני בנישואין כ' וז"ל ואם תקניטיני א"א אפי' לא מת הבן ונשא אשה אלמנת ראובן גובה כתובתה מאותם מעות דכיון דלא זיכה לו ראובן בחייו אלא כשישא אשה ובההיא שעתא מת ראובן וא"א לו לבן לזכות באותם מעות אלא מכח מלד"ה וכל מתנה שאדם זוכה בה מכח מלד"ה או מתנת ש"מ בכל נכסיו או מלוה מחמת מיתה דכולהו חיילי לאחר מיתה וכו' ע"ש וכ"כ בתשו' הקלרות סי' ע"ט תשו' מהר"י מקודשין להר"י ן' שניאור וז"ל כ"ל מ"ש השלים שלא נתן זאת המתנה כי אם לאחר מיתתו ובחיים רלה להיות רשאי לעשות בהם כל מה שירלה ועכשיו שמת ולא חזר בו א"כ לא זכיתם בזאת המתנה כי אם מטעם מלד"ה וכולי אך לפי מה שתקנו הגאונים שגובה כתובת' ממטלטלי' דיתמי שהיא ירושה דאורייתא כ"ש שתגבה ממתנה דרבנן כמו מתנה שהיא מכח מלד"ה או מכח מתנת ש"מ דכה"ג דייק תלמודא בפי' י"ל דקאמר בירושה דאוריית' אלמנה ניזונת מנכסיו במתנה דרבנן לא כ"ש מיהו מתנה דאוריית' לא גבי' וכו' עכ"ל הרי שכ' דמתנה שזוכה בה מכח מלד"ה מדרבנן כמתנת ש"מ וגובה האשה כתובתה מהם ומה שהכריח הר"ן דבעי' שהושלש ביד אחר דאל"כ מתנת ש"מ במקלא אמאי בעי' קנין והא מלד"ה היינו מדאמרינן בבתרא סוף דקנ"א והילכתא מתנת ש"מ במקלא בעיא קנין ואע"ג דמת מלוה מחמת מיתה לא בעי' קנין והוא דמת משמע דבלא קנין לא קנה אפילו במלוה מחמת מיתה דב"ח וכתובה גובה ממנה והתימה על הרא"ש בס"פ מליאת האשה שכ' וז"ל ועוד הא דאמרינן מתנת ש"מ במקלא בעיא קנין אפי' במת דומיא דמתנת ש"מ בכולה דאיירי במת דהא קי"ל דאם עמד חוזר וכו' עיין שם ובהדיא אמרי' הכי בסוף דף קנ"א דמתנת ש"מ במקלא בעיא קנין ואע"ג דמת ומ"מ משמע דבלא קנין לא קנה אפי' דומיא מתנת ש"מ בכולה דב"ח וכתובה גובה ממנה ובלא"ה הרי ביתומים קטנים דלא בני מיעבד מלוה לא אמרי' מלד"ה כמבואר בדברי הר"ן שם וא"כ ניחא דמתנת ש"מ במקלא בעינן קנין להכי דמכח מלד"ה ביתומים קטנים ליכא מלוה אלא ודאי דס"ל מדאמרי' מתנת ש"מ במקלא בעי' קנין ואע"ג דמת משמע לא קנה כלל אפי' מת דומיא דמחייס דלא קנה בלא קנין ובזה ניחא דהא דקיי"ל דדבר שנקנה במתנת ש"מ אם קדמו היורשים ומכרו המקבל יכול להוליא מהלוקח אבל דבר שאינו במתנ' רק שמלוה לד"ה אם קדמו היורשים ומכרו מה שעשו עשו כמבואר בסי' רנ"ב עיין שם וא"כ מה הק' התוס' והר"ן למה תקנו דין מתנת ש"מ דדבריו ככתובי' וכמסורי' דמו ולמה מתנת ש"מ במקלא בעי קנין ת"ל כיון דמת מלד"ה הא כ"מ דמכח מלד"ה אם קדמו היורשים ומכרו מה שעשו עשו אבל מכח מתנה יכול המקבל להוליא מהלוק' וכן באומר הולך מנה לפ' מתנה ומת המקבל בחיי הנותן אפי' אח"ך מת הנותן יחזיר ליורשי המשלח דלא אמרי' מלוה לקיים דברי המת כיון שמת המקבל בחיי נותן בטלו דבריו אבל בש"מ אפי' מת מקבל בחיי נותן יתן ליורשי מקבל מטעם דדברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמי כשמת כמסורים למקבל למפרע משעת נתינת הש"מ או אמירתו כמבואר בסימן קכ"ה ע"ש וא"כ מכח מלד"ה אם מת המקבל בחיי נותן ליכא אבל מכח מתנת ש"מ דדבריו כמסורים זכו יורשיו אלא ודאי דמשמע להו דלא קנה כלל דומיא דמחייס כמ"ש :

ד' ואם נתנס במתנת שכיב מרע וכו' כתב הרדב"ז ח"ב סימן תרס"ד באחד שנתן מתנה לבנו מעכשיו ועד שנה ומת בתוך השנה יש לעיין אם זכה הבן במתנה כיון שא"ל מעכשיו או דילמא כיון שקבע זמן במתנ' לא ונראה דבשלמא אם היו שם נכסים בני חורין ודאי זכה הבן במתנה כשיגיע הזמן זכה למפרע משעת כתיבה כיון דכתב ליה מעכשיו וכולי וכיון שהאב לא היה יכול לחזור במתנתו כיון דאמר מעכשיו גם כשמת זוכה במתנתו למפרע וכו' אבל בנ"ד שאין שם נכסים ב"ח וכבר קדם חוב האשה קודם שתחול המתנה גובה האשה כתובת' לה"ד לשני שטרות שהא' הגיע זמנו והא' לא הגיע זמנו גובה אותו שהגיע זמנו ואף על פי שאין שם כדי שני שטרות וכולי עכ"ל מבואר דסבירא ליה דמתנה דמהיום ולאחר שנה אם הנכסים בני חורין זכה המקבל למפרע כיון שהנותן לא היה יכול לחזור אבל אם יבא בעל חוב וכתוב' גוב' מהם כיון שקדם חובם קודם שתחול המתנה דומיא דב' שטרות דגובה אותו שהגיע זמנו וכן כתב מהרשד"ס סי' של"ב והובא בתשו' מהרא"ד"ב סימן קס"ז ודקדק כן מל' הטור בסימן ק"ד שכתב היו ב"ח זמנם שוה.וכולי אבל מהרא"ד"ב סבירא ליה דאפילו שלא הגיע זמנו גובה והביאו הרב כנה"ג בסימן ק"ד עיין שם מיהו דל"ד דבעל חוב דמכאן ולהבא הוא גובה אבל מתנה דמהיום ולאחר מית' כיון דזכה המקבל למפרע משעת המתנה אין בעל חוב גובה ממנה ועיין בתשובות הרא"ש כלל פ"ד וכבר הביא מרן הב"י סי' תשובת מהר"י ן' הרא"ש (א"ה עכ"מ) :

ה' ואם

ה' ואם נתנם במתנת שכיב מרע וכו' אם הודה בשעת מיתה על נכסיו שהם של פלוני לכאור' נר' דאין בעל חוב טורף המטלטלין דהוי כהודאת בריא ואם עמד אינו חוזר ולא כמתנת שכיב מרע כמבואר בסימן ר"ן ומהניא הודאתו אפילו לחוב לאחרים שהרי כ' הרשב"א בתשובות סימן אל"ף קנ"ט באשה שהודית שלא פרעה החוב שעליה דאינה נאמנת לחוב לבעלה שהרי אם רצת' למכור בנ"מ שלה הבעל מוציא מיד הלקוחות וכל שאינה יכולה למכור ולהפקיע זכות הבעל על ידי מכירה ומתנה אינה יכולה להפקיע זכותו על ידי הודאה עיין שם ואם כן הכא שיכול להפקיע זכות הבעל חוב במתנת בריא או למכור אותו ולהוציא המעות יכול להפקיע זכותו על ידי הודאה אבל מצאתי בתשובו' סימן אל"ף מ"ז כתב דאינו נאמן בהודאתו לחוב לאשתו אפילו לא כ' בכתוב' מטלט' אגב מקרקעי דאיכא מגו עיין שם וכן כתב בתשו' ח"ב סימן רמ"ה על ראובן שלוה מאנות מיתה לתת לשמעון ל"ג ליטרין שהיו אצלו בפקדון וכו' וז"ל נראה שהדין עם האלמנה לפי שאין הודאתו של ראובן המת הודאה במקו' שחב לאלמנה וכו' והוא שכתב לה ראובן לאלמנה בכתובת' מטלטלין אגב מקרקעי אבל אם לא כתב לה כן בזה יש מקום עיון משום דמדינא אין המטלטלין נגבים לכתובה כלל וכו' אלא מן התקנה שתקנו הגאוני' שיהיו גובי' מהם כמו שגובים מן המקרקעי וכיון שכן אלו נתנם הבעל בחייו לשמעון זה או נמכרם לו מה שעשה עשוי ואין האשה יכול' לטרוף אותם מן המשועבדים דלא עדיפא תקנת הגאונים משאלו היו נגבים מן הדין דאפילו הכי אמרי' דאין קדימ' במטלטלין וכיון שהדבר כן יש לומר שהבעל נאמן במגו דאי בעי יהיב ליה השתא במתנה ומכל מקום עם כל זה נראה שהדין עם האלמנה דאין כאן מגו דכל מאי דאית ברשותיה דאינים אנן סהדי דדידיה הוו ולא מהימני' ליה במקום שחב לאחרים וכו' הוה ליה כעין מגו במקו' עדי' וכולי עכ"ל הרי שכתב דהודאת שכיב מרע לא מהניא לחוב לאשה אפילו במגו וכן כתב מהריב"ל ח"א סימן כ"ו עיין שם וראיתי לרא"ן בתשובות סימן כ"ב על א' שהודה בשעת מיתה על קרקע שהיה על תנאי כך וכך ויש עדים שהיו בשעת התנאי שלא היה כן שכתב וז"ל ובשאלת אם האלמנה יכולה לטעון איני חוששת לדברי בעלי אלא העדים שמיכנא ידעתי כי לחדודי באתי כלום האלמ' זוכה ונוטלת אלא מנכסי בעלה הרי בעלה אמר שאינו שלו והודאתו הודאה וכו' והא דאמרינן הודאת בעל דין במקו' שחב לאחרים לאו הודאה היא וכו' אשתו ובניו כגופו דמי' ולא אחרים הם דאי לא תימא הכי לא תהא הודאת בעל דין כמאה עדים לעולם דהא מפסיד לאשתו ובניו עכ"ל והרשב"ץ חלק ראשון סי' ש"ט כתב וז"ל מה שגדר ראו' בלבו להקנות לבנו מטלטלין הם דברי' שבלב ולא זכה בהם הבן ושכנגדו אשה חל שעבוד האשה על אותם נכסי' ואין הבעל רשאי לחוב לאשתו להקנותן לבנו ואפילו זוכה לו אותם בקנין גמור וכל שכן בנדון הזה שאפי' האב עצמו היה יכול לחזור בו לפי שלא זכה בהם הבן מכח הודא' שאין מטלטלין נקנים בהודאה אלא בשכיב מרע כן כת' כל המפרשים ואין חולק וכו' עיין שם ודבריו תמוהי' דאם הקנה לו המטלטלין בקנין גמור אפילו אחר שנשא האש' ושעבד לה מטלטלין אגב מקרקעי אין האשה טורפת המטלטלין מפני תקנת השוק כמ"ש הרשב"ץ עצמו ח"ג סי' ע"ב וסי' ש"א בפירוש הכתובה עיין שם:

ו' ואם נתנם במתנת שכיב מרע וכו' וכל שכן שגוב' ממחילה שמחל. כשהוא שכיב מרע המבי"ט חלק שלישי סימן רי"ג והרב כנה"ג בסימן ק"א כתב דיש לו' דמתנת שכיב הרע גרועה ממחילה דמתנת בריא צריכה קנין ובמתנת שכיב מרע באמירה בעלמא זכה המקבל אבל מחילה אפילו דבריא אין צריך קנין וכיון דמחילה בין דברי' ובין דשכיב מרע אין צריך קנין הרי הוא כבריא שמחל והוי כמתנת בריא דמלוה דעפ"י לא גובה ממנה הכא נמי מחילה דשכיב מרע וכו' עיין שם ואין נראה דמתנת ש"מ משום דאינו קונה עד לאחר מיתה הוי כירושה דבעל חוב גובה ממנה והכא נמי מחילה דשכיב מרע שמחל לא קנ' המקבל עד לאחר מיתה אך ראיתי למהר"י ווייל סי' י"ט באלמנה שמחלה כתובתה לבעלה כשהיה ש"מ ואחר כך חזרה שכתב וז"ל וגם צ"ל כיון דהיה ש"מ לא היה דעת' למחול אלא שאם ימות והרי היא חזרה בהמחילה קודם שמת וא"ל אומדן דעתה כמו מתנת ש"מ כיון דלא הוי אלא לאחר מיתה מלי הדר במתנתו צ"ל הכי דשאני התם שהנכסי' עדיין לא ילאו מרשותו דהא לא קנו אלא לאחר מית' ומשום הכי מצי למיהדר ביה אבל הכא כיון דמחל' מעכשיו מחלה וכו' עיין שם נראה דסבירא ליה דש"מ שמחל הו' לא' אינו יכול לחזור דזכה מעכשיו במחילה וא"כ מחילה דש"מ לא הוי כירושה ובעל חוב אינו גובה ממנה ול"ד למתנת ש"מ דהוי כירושה משום דאינו קונה עד לאחר מיתה ונראה לי ראיה ממה שכתב הטור בסימן קכ"ה בש"מ שאמר הולך מנה לפלוני וכו' וז"ל ולכאורה נראה שאם ירצה הנותן יכול לחזור בו כדין מתנת ש"מ שאינו קונה עד לאחר מיתה אבל הרמ"ה כתב שאינו יכול לחזור בו וכו' משום דל"ד לשאר מתנות ש"מ שאינו נותן במשיכ' ואינו מוציא הממון מתחת ידו הילכך אינו קונה עד לאח' מיתה אבל זה שהוציא הממון מתחת ידו ודאי דעתו היה שיקנה מיד ולא משום דדברי ש"מ ככתובי' וכמסורי' דמו דכל דקני מקבל מהשתא לא קני באמירה גרידתא אלא הכא קני במשיכה וכו' לפיכך כל זמן שלא עמד אינו חוז' ואם יעמוד חוזר אפילו אם כבר בא ליד שמקבל וכולי' עיין שם הרי דסבירא ליה דכל היכא שילא הממון מרשותו קנה מיד ואינו יכול לחזור ודוקא אם עמד חוזר וה"ה במחילה וכן מהר"י ווייל לא כתב אלא דאינו יכול לחזור שמת הבעל אבל אם עמד בטלה המחילה ואם כן נרא' דבעל חוב גובה ממחילה שמחל השכיב מרע דכיון דאינו יכול לחזור בו קנה המקבל מיד אף על גב דאם עמד חוזר לא חשיבא כירושה ול"ד לשאר מתנת שכ"מ דיכול לחזור בו מיד לא חלה עד לאחר מיתה והוי כירושה:

ז' ואם שעבד לו מטלטלין אגב מקרקעי וכולי כתב הר' יונה בעליות הובא בש"מ לבתרא דף מ"ד ע"ב וז"ל וא"ת וניחוש שמא אחר נתן לו קרקע על מנת להחזיר כדי שיקנה מטלטלין אגב אותו קרקע ובזה לא ידעו בני עירו וכו' ונראה לי דכל כהאי גוונא לא קנה מטלטלין אגב מקרקעי לטרוף ממשעבדי כיון שהוא קרקע דאקני אגבה מטלטלין לאו בר גובינא הוא דהא לא אקני' אלא על מנת להחזיר לאלתר מיהו ודאי לענין שבינו לבינו' שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות ודאי קונה מטלטלין אגב קרקע שנתנו למוכר על מנת להחזיר עכ"ל ונראה דה"ה קרקע בשאלה ובשכירות דלא משתעבדי מטלטלין אגב אותו קרקע לטרוף אותם אבל לענין קנייה אפילו קרקע בשכירות ושאלה אגבן במתנה או מכר קנה כדלקמן סימן ר"ב עיין שם בהש"ך וכתב מהרימ"ט סימן פ"ג דהיינו דוקא כשגוף הקרקע הוא של המוכר מהני שאלה ושכירות ללוקח לקנות אגבו מטלטלין ואם הקרקע שכור או שאול למוכר אינו יכול להקנו' מטלטלין

אגבו דשאלה משאלה או שכירות משכירות לא מהני (א"ה עד כאן מצאתי) :

ח' ואם שעבד לו מטלטלין אגב מקרקעי וכו' דעת הרשב"א דאם שעבד לו מטלטלין בפי' אפילו בלא אגב טורף מהם והרב גד"ת שער מ"ג כתב דמל' הרמב"ם והטור בסימן ק"ז שכתב אם ירשו קרקע ומטלטלין ואין מפורש בשטר שיגבה ממטלטלין בין בחייו בין במותו וכולי נראה דאם לא פירש בשטר השעבוד גם במותו יכולים היתומים לעכב ודוחק לומר דלא ס"ל כהרשב"א דהא מילתא בטעמא קאמר עיין שם אבל ראיתי בש"מ לבתרא דף מ"ד ע"ב כתב בשם עליות הרב יונה וז"ל י"א דמאן דכתב שעבוד מטלטלין בשטר ומפ' בה בהדיא דליגבי מנייהו ממשעבדי יגבו ממשעבדי וכולי וק"ל הא דמוקמינן להך ברייתא כגון דאמרי עדים ידענא בהאי גבר' דלא הוה ליה ארעא מעולם וכו' ניחוש דילמא פירש לו בשטר שיגבה מטלטלין מן המשועבדים אלא ש"מ דלא מהני תנאה וכו' ע"ש (א"ה עכ"מ) :

ט' ואם שעבד לו מטלטלין אגב מקרקעי וכו' כתב מהרא"ח חלק שני סימן מ"ז יש לספק אם היא משועבדת לכתובת האשה או לא שזה מחלוקת ישנה בין הר"א אם החזקו' דינם כמטלטלין או כקרקעו' ולדברי האומ' שהם כמטלטלין אין שעבוד חל עליה' לטרו' מן הלקוחו' ואע"פ שיש חולקין עליה' מ"מ הלוקח הוא מוחז' שהאש' אין לה בה אלא שעבו' בעלמ' ואפי' שעבד לה הבעל מטלטלין אג"מ כבר כ' הרא"ש שאפי' שטר שיש שעבו' מטלט' אגב מקרקעי אם מכר או נתן אינו טורף מהם משום תקנ' השוק ופשיטא ודאי שא"ל שדין החזקות כדין השטרו' שכ' הרא"ש דהוו מילתא דלא שכיחא ולא עשו בהם תקנת השוק דמכירת החזקות ודאי מילתא דשכיחא היא טפי עד כאן לשונו ומאי דסבירא ליה הלוקח הוא מוחזק משום דהאשה אין לה אלא שעבוד בעלמא איברא דמדברי הטור סימן קי"ב מוכח דמקבל מתנה מיקרי מוחזק לגבי ב"ח בספק אם חל השעבוד על הנכסים כמו שכתב ה'פמ"א סימן ל"ג עיין שם אבל אם ודאי נשתעבדו הנכסים והס' הוא אם פקע השעבוד נראה דבעל חוב מיקרי מוחזק בשעבוד ועליה הלוקח להביא ראיה להפקיע שעבודו כמו שכתב מהר"ם בתשובות המיימוניות להלכות אישות סימן בדבור המתחיל אוהב כסף וכו' וזה לשונו לא מהני חזקה לאפקועי שעבוד כתובה ושעבוד בעל חוב מלקוחות דגוב' מהם לעולם אף על גב דהחזיק לוקח בדפ' דלא שייך בהו מחאה וכו' ולא שייך נמי טוענים ליורש ואלו היה אביהם קיים היה מברר שלקח מן האשה וחזר ולקח מן האיש וכו' אבל לבדות דבר חדש כדי להוציא הקרק' מיד בעליו לא טעני' דקרקע בחזקת בעלים קיימא עד שיתברר לנו שילא מחזקתו ואם כן שעבוד קרקע בחזקת בעל חוב וכתובת אשה שקדמו עד שיתברר שמחלו לשעבודן וכו' עד כאן לשונו אלמא בעל חוב הוא מוחזק לגבי הלוקח משו' דהשעבוד ודאי חל ועל הלוקח להביא ראיה שמחל השעבוד בין דברי בחובה וס' במחילה אבל בס' אם חל השעבוד על הנכסים או לא דספק בחיובא הוא הלוקח הוא מוחזק לגבי בעל חוב ואם כן הכא נמי דהקרקע היה משועב' וספק אם פקע אפשר (א"ה עכ"מ ואח"ך מצאתי כתוב ושוב ראיתי בתשובות) ושוב ראיתי בתשובות הרב כרם שלמה חלק ראשון סימן ל"ז שהוכיח כן מדברי מהר"ם דבעל חוב הוי מוחזק לגבי הלוקח אבל בנדון מהרא"ח הספק אם החזקה משועבדת לכתובת אשה או לא חל השעבוד והלוקח ודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי עיי"ש והרב כנה"ג כתב חזקות שלנו אפילו למ"ד דדיינינן להו כמטלטלי לענין שעבוד הוו כקרקע כיון דלא שייך טעמ' דיכול להבריחם ע"ש וכבר תמה עליו הרב שמחת יו"ט סימן מ"ד ד"ה עלמו בסי' ס' אות י"ב כ' בשם מהריב"ל ומהרשב"ס ומהר"י אדרבי ומהרש"ך והרמ"ע מפאנו דאין בהם תקנת השוק והרואה דבריהם יראה דדוקא בשעבד מטלטלין אגב מקרקעי דמן הדין טורף מן המטלטלין אלא דמפני ת"ה אינו טורף אמרו דבחזקות לא שייך ת"ה אבל אם לא שעבד מטלטלי אגב מקרקעי למאן דאמר דחזקות הוו כמטלטלין אינו טורף מן הלקוחות אבל מהרא"ח וה' משפטי שמואל סבירא להו דיש בהם ת"ה אפילו שעבד מטלטלי אגב מקרקעי ומה שכתב הרב כנה"ג דמדברי מהרש"ך סימן קמ"ט יראה דסבירא ליה' דאין בהם ת"ה כבר כתב הרב בעלמו בסימן פ"ה דאינו כן דלא כתב מהרש"ך בתשו' זו דאין בהם ת"ה אלא משום דסבר דיש להם דין קרקע או משום דלהברחה נתכוון אבל יש להם דין מטלטלין ולא נתכוון להבריח יש בהם ת"ה עיין שם ואם כן אם לא שעבד מטלטלין אגב מקרקעי אם דינם כמטלטלין לכולי עלמא אינו טורף מהלקוחות ודוקא אם שעבד מטלטלי אגב מקרקעי הוא דנחלקו אם יש בהם ת"ה וכן כתב מרן בתשו' בספר אבקת רוכל סימן קכ"ו וז"ל אמנם לענין גביית כתובה לא נפקא ליה מידי כיון שעכשיו כותבים בכל הכתובות שעבד לה כל נכסיו מקרקעי ואגבן מטלט' שקנה ושיקנה הרי מטלט' ומקרקעי דינם שוה לדינא דנכסי מלוג אלא מפני ת"ה לא נהגו לגבות ממטלטלין שמכרו או נתן לו במתנת בריא וכולי ובהני חזקות לא שייכי ת"ה והבו דלא להוסיף עלה אם כן אפילו יהא להם דין מטלטלין לכל דבר לא נתן להם דין מטלטלי לדבר זה דומיא דשטרות שכתב הרא"ש דלא שייך ת"ה דמילתא דלא שכיחא היא ועוד דכיון שנשאר הדבר בספק בין חכמים הראשונים וכו' יעמוד הדבר על דין תורה ולא תנהוג בהם ת"ה וכו' ע"ש הרי דסבירא ליה דאפילו הוו כמטלטלין לא שייך ת"ה ודוקא אם שעבד לו מטלטין אגב מקרקעי אבל אם לא שיעבד לו מטלט' אגב מקרקעי דאינו טורף מלקוחות מדינא הכא נמי אינו טורף מחזקות מס' כנראה מדברי מהרשד"ס דהוו כשטרו' דמשום דמילתא דלא שכיחא לא שייך ת"ה ואם לא שעב' מטלטלין אגב מקרקעי אינו טורף מהם או משום דמס' נעמיד הדבר על דין תורה ולא תנהוג בהם ת"ה אבל אם לא שעבד מטלטלין אגב מקרקעי דאינו טורף מדינ' מספק נמי אין מוציאין מידו הלוקח שהוא מוחזק וכה"ג כתב הרא"ש בתשובו' הביאה הטור בסימן ס' דאם אין ברור למנהג יעמוד הדבר על דין תורה עיין שם ועיין בתשו' הרב פני משה ח"ב סימן י"ז והרב בית דוד ח"א סי' ס"ד הק' על מרן הב"י שכתב גבי מתנה דקיימ"ל כהרא"ש דיש בהם ת"ה משום דמוקמי' ממונא בחזקתיה מדברי הרא"ש שכתב דמעמידים הדבר על דין תורה מס' ונ"ל דיש חילוק בין כשהספק הוא אם נהוג עיק' התקנ' בין היכא דנהוג התקנה אלא דנפל ס' אם נהגו אותה לגמרי דאז אותו שהמטלטלין בידו נקרא מוחזק עיין שם ולפי זה קשה דה"נ בספק אם החזקות יש בהם ת"ה או לא הו"ל לאוקומי ממון ביד המוחזק כמו גבי מתנה (א"ה עכ"מ) :

יו"ד והוא שכ' לו דלא כאסמכתא וכו' כ' הטור מפני שעיקר, השעבוד על הקרקעות ושעבוד מטלטלי' אג"מ דומה לשעבו' הערב דהוי כאסמכת' וכו' וה' תורת חיים בחי' לבתרא דמ"ד כ' ועוד נראה

לפי

לפי שדרך הסופרים לכתוב דאקני ליה מטלטלי' אג"מ מעלמא לשופרא דשטרי בלא לווי הלוה לכך נ"ל בהדיא דלא נכתב בשופרא דשטרי אלא בלווי הלוה כתבו כן וכן כתב הטור בסי' ע"א גבי נאמנות שאם העדים אומרים שלא כתבו בלווי הלוה אלא משום שופרא דשטרי כמו שרגילים הסופרים לכתוב בכל השטרות נאמנים ע"ש וכן כ' הרשב"א בתי' שם בשם רבו הר' יונה וזה נכון ע"ש :

י"א דין ב' יכתוב הקניתי לו וכו' כ' הפרישה דכשאין אנו מוחזקים בו דאין לו קרקע אז אפילו כתב בשטר סתמא דהקנה לו מטלטלי' אג"מ סגי ואמרי' דודאי יש לו קרקע אבל כשאנו מוחזקים בו דלית ליה קרקע לא סגי בהכי וכו' וז"ל בפרישה יכתוב לו וכולי ואע"ג דלעיל משמע דל"ך אלא שיהיה כתוב בשטר שמעבד לו מטלטלי' אג"מ היינו היכא שידוע לנו שאין לו קרק' לא כתבינן משעבד לו מטלטלי' אג"מ דאין זה מיקרי הודאת וכו' ע"ש הרי דלא מהני אפי' מן הסתם שאין מוחזקים בו שאין לו קרקע וכ"ש כשידוע לנו שאין לו קרקע לא סגי בשעבוד אג"ק סתם אלא כשידוע לנו שיש לו קרקע וכן נראה מלשון הטור שכ' יכתוב הקניתי וכו' ואע"פי שאין אנו יודעים לו קרקע וכולי משמע אפילו שלא נודע לנו שאין לו קרקע ל"ל הקניתי וכו' ולא סגי בשעבוד אג"ק אא"כ ידוע שיש לו קרק' אבל ה' כנה"ג בהגה"ט כ' על הסמ"ע ואין נראה לי כן מדברי הרא"ש ע"ש ונראה דס"ל דאפי' מוחזקים בו שאין לו קרק' סגי אבל אומר הקניתי וכולי ודאי אפילו נודע לנו שאין לו קרקע הודאת בע"ד כק' עדים דמי וכ"כ מל' התוס' בבתר' דמ"ד ע"ב בד"ה דלא וכולי וז"ל ונראה לר"ת דה"ט כיון שהודה שיש לו קרקע וחוב הוא לו וכו' אפי' יש כמה עדים שמכחישים אותו הרי הודאת בע"ד וכולי הק' מהר"ח דמ"מ ניחוש הכא דילמא מקני ליה מטלטלי' אג"ק והודה שיש לו קרקע וכו' עכ"ל נראה קלא דאפי' הקנה לו אג"ק צריך הודאה שיש לו קרקע וכ' הרמ"ה בפ' ח"ה סי' קנ"א גבי וניחוש דילמא מטלטלי' אג"מ וכו' כ' וז"ל וכיון דאתחזק גבי סהדי דלא הו"ל ארעא מעולם כבר להוי סהדותא וכו' וכיון דחשבא בעלמא הוא ואיכא חזקה דלא הו"ל ארעא מעולם אתיא חזקה ודחי' לה לחשבא וכו' ע"ש משמע (א"ה עכ"מ) :

י"ב דין ג' וקדם השני ותפס וכו' נראה דל"ד קדם ותפס מעצמו אלא אפילו נתן לו הלוה מדעתו לב"ח מאוחר מוציאין ממנו דדוקא מכר או נתן אינו טורף ממנו אבל מב"ח מאוחר דומיא דהכי אפילו נתן לו הלוה מדעתו לא והמבי"ט ח"ב סי' ה' חולק על מרן דלא גרע ממתנה שעשו בה תקנת השוק ול"ל דנתן שאני דמדעתו נתן אבל ב"ח מאוחר שקדם ותפס שלא מדעת הבעלים לא הוי תפיסה דלא היא דכיון שהוא חייב לב"ח ותפס בעד חובו עדיפא תפיסתו ממה שנתן הוא לאחר שלא היה חייב לו והפקיע זכות מי שהיה חייב לו כ"ש מאי דאמרי' מה שגבה גבה או מה שגבה לא גבה לא שנא גבה מדעת הבעלים או תפס שלא מדעתם וכו' עכ"ל גם מהרשד"ם סי' ק"ח כ' עוד אני אומר הגע עצמך שאם היה הלוה נותן חפץ לב"ח המאוחר במתנה לא היה יכול הקודם להוציא ממנו ועתה מפני שהיה חייב לו ונתן לו בחובו גרע אתמהא וכולי והדרישה בסי' ס' דחה דכבר אמרו בכ"מ דמתנה היא כמכר דאי לאו דעבד ליה נייח נפשיה לא הוה יהיב ליה במתנה ע"ש וא"כ נראה דאם הלוה נתן לב"ח המאוחר במתנה כיון דלא נתנו לו אלא מה שהוא חייב לו מוציאין ממנו מש"כ נתן לאחר במתנה הוי כמכר דודאי אי לאו דעבד ליה נייחא אנפשיה לא הוה יהיב מתנת חנם וכן הסכים מהראנ"ח ח"א סי' כ"ד עם מרן וכ' אע"פ שדבריו בב"ח מאוחר שקדם וגבה מעצמו ובכ"ד שיורשים נתנו המטלטלי' לשמעון א"כ לחלק בכך ע"ש וכודאי ה"ה אם נתן הלוה עצמו ובסי' ס' אות ו' כתבתי דהמבי"ט ח"א סי' קע"ו חולק על מרן וכ"כ בס' המאור להר' שמואל ן' סימא תלמיד הרא"ש דאם גבה ב"ח מאוח' מטלטלי' נהגו שאין ב"ח מוקדם גובה ממנו מפני תקנת השוק וכו' עכ"ל וא"כ ודאי המוחזק יכול לומר קי"ל כס' המאור תלמיד הרא"ש והמבי"ט ע"ש ולא דק דכל ספק בתקנה קי"ל דיד בעל התקנה על התחתונה כמבוא' בא"ה סי' קי"ח ס"ו והם דברי הרא"ש בתשו' הביאה הטור שם על תקנת האלמנה והיורשים חולקי' וכו' דיד בעל התקנה על התחתונה כי התקנה באה להוציא מדין תורה שתטול האלמנה כל כתובה וכולי וכ' הרשב"ץ ח"ב סימן רל"ב בתקון ב' אע"פ שדעתנו לדון שתהא יד התובע על התחתונה כדין כל ספק תביעת ממון בטלה דעתינו מפני דעתו כי רב מובהק הוא ונחית לעומקא דדינא וכה"ג כ' הרמב"ן בשם ר' אפרים בפ' י"נ וכולי וכ' מהר"י עייאש בתשו' ח"ב סי' קכ"ג דקל"ג דלא מהני תפיסה בתקנות וזהו שהרשב"ץ היה דעתו לדון שתהיה יד התובע על התחתונה לענין תפיסה בכל ספק דעלמא וחזר ובטל דעתו מפני דעת הרא"ש דלא מהניא תפיסה וכ"כ עוד הרשב"ץ בתשו' ה"א סימן ק"ן גבי כתובת בנין דיכרין דכל ספק בתקנה אז מוקמי' ליה אדאורייתא' והביא דברי הרמב"ן בשם ר' אפרים והם בפ' י"נ דף קכ"ה בכתובה לגבי ירושה וז"ל וכ"ש ירושה דאורייתא' וכתובה דרבנן ואי ק' הכי הילכת' אהדדי ולא ידעי' פירוקא מוקמי' אדאורייתא' ואמרי לאשה אייתי ראיה ושקול ע"ש הרי דגם בכתובה דתקנת חכמים היא בספק מוקמי' אדאורייתא' וכ"ש הכא לגבי תקנת השוק וכ"כ מהרשד"ס בח"מ סי' קפ"ע באשה שלותה וגבאת דתקנה מסופקת וכל שיש ספק בתקנה יד בעל התקנה על התחתונה ע"ש וה' תורת חסד סי' ל"ה כ' דנראה מדברי מהרש"ך ח"א סי' ק"ן בתקנה דכתובת ב"ד אע"פ שהיא מדרבנן מהני תפיסה על הספק לגבי היורשים אע"פ שהם יורשי' מדאורייתא' והם באים להוציא מהם ע"י ספק תקנה ודלא כמהרשד"ס וכן נר' עיקר דודאי לא דמי תקנת חז"ל שהיא תקנת סנהדרין לשאר תקנות כמ"ש הרמב"ם בפי"ז מה' איסות לענין תקנת הגאונים דאין כחה יפה כמו תקנת סנהדרין גדולה וכו' עי"ש וה' כרם שלמה בא"ה סימן כ"ע הק' על דברי מהרשד"ס דא"כ לס' הרי"ף ז"ל וסייעתו דס"ל דכיון דלא איפשטא הבעיא הילכך בעל לוקח הוי ומלוה בשטר גובה ממנו אבל מלוה ע"פ לא ק' דכיון דמדין תורה חייב הבעל לשלם לב"ח אי הוי יורש א"כ מנ"ל דמספק' אי יורש הוי או לוקח הוי אמרי' דהוי לוקח ואין מוליאין ממנו אלא במלוה בשטר הרי אין לנו להניח דין תורה דודאי משום ספיקא ע"ד שכ' מהרשד"ס ז"ל וכו' ע"ש וכבר כתבתי דגם הרשב"ץ ס"ל כמהרשד"ס דאפי' בתקנת חכמים דכתובת ב"ד מוקמי' ליה אדין דאורייתא וכ"כ הרמב"ן בשם ר' אפרים אבל הכא בתקנת השוק לכ"ע וכבר כ' המח"א בה' גביית חוב סימן ג' הביא תשו' מהרימ"ע חי"ד סימן מ' שכ"כ על תשו' הרא"ש שאפי' תפשו היורשי' מוליאין מידם וכולי וכ' וז"ל ואף שמהריב"ל ח"א סי' מ"ו נראה דחולק בזה וגם ה' פמ"א ח"א סי' י"א האריך בפרט זה והעלה דהמחזיק בנכסים מ"ל

מ"ל קי"ל אפילו היכא דיש ספק בתקנה הדבר ברור דלא נאמרו דבריהם אלא גבי תקנת חכמים דאלימא ותמירא אשר כח בידם להפקיע ממון ואף בספק שיהיה בתקנתא ראוי שלא להוציא מיד המוחזק אבל בתקנת בני העיר כנ"ד שנהגו שלא לטרוף ממטלטלי' המשועבדים מפני תקנת השוק ודאי דאין כח ביד שום אדם לבטל דין תורה מפני ספק תקנה דאינו אלא מנהג בעלמא וכולי עיין שם ומ"ש בסי' ס' שם סיוע דבר"פ מי שהיה נשוי למ"ד ב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה כ' התוס' תימא מה סברא היא דלא יהא ב"ח כלוקח וכו' ותי' דשב"ש דב"ח מאוחר עדיף מלוקח שלא תנעול דלת בפני לווים וכו' כבר ה' פני משה ח"א סי' ל"ה כ' סיוע זה עש"ב מיהו נראה דא"כ תיק' לר' האי דס"ל דמלוה ע"פ שהיא מוקדמת קודמת לגבות מבני חרי ממלוה בשטר מאוחרת משום דשעבודא דאורייתא' דשעבוד ב"ח מאוחר לא הוי כמכר א"כ לוקח עדיף מב"ח דמלוה ע"פ אינו טורף מלוקח וטורף מב"ח בשטר מאוחר דאפי' תפס בעל השטר מלוה ע"פ מוציא ממנו ואפשר דס"ל כמ"ש הרמב"ן שם ז"ל והא דאמרי' ב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה נ"ל דקסבר שעבודא לאו דאורייתא' וכו' ולמה אמרו בשטר גובה מהלקוחו' כדי שלא תנעול דלת וכולי אבל גבי ב"ח מאוחר כיון דתרווייהו ב"ח נינהו אם אתה נועל דלת בפני א' אתה פותח בפני א' ועוד וכו' ומ"ד שגבה לא גבה סבר לא פלוג רבנן במשועבדים א"כ שעבודא דאורייתא וכו' ע"ש ונראה דהרמב"ן לשיטתו שכ' שם ע"ב ז"ל מדאמרי' הכא ש"מ כתובת ב"ד לא טרף וכולי משמע לי דכל שאין טורף מן הלקוחות אינו גובה מנכסים משועבדים למלוה בשטר ודחה שם תשו' רב האיי עי"ש א"כ למ"ד ב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה (א"ה עכ"מ) :

י"ג שאין בזה משום תקנת השוק וכולי כ"כ מרן בב"י ובתשו' בס' אבקת רוכל סי' מ"ו וסי' קנ"ו עש"ב וכ"כ דעת הרשב"ן בתשו' ח"ב סימן קפ"א שכת' על ב"ח מאוחר שתפש מטלטלי' והאלמנה תבעה אותם הדין עמה לפי שכל נכסי שמעון מקרקעי ומטלטלי הכל הם משועבדים לכתובת' ואין לב"ח המאוחר ממנה לתפוס מה שהוא משועבד לה ומטלטלי' האלו משועבדים לכתובתה באגב יש להם דין קדימה וכיון שכן אפי' היו ראוית לזה התופס מוציאין מידו ונותנים לאשה וכו' ע"ש הרי שכת' דמוציאין מב"ח המאוחר המטלטלי' ובת"ג סי' ע"ב וסי' ש"א בפי' הכתובה דף ס' ע"ג כ' דאם מכר המטלטלי' או משכנם אינה טורפת מפני תקנת השוק ע"ש אלא דס"ל דבב"ח מאוחר ליכא תקנת השוק וה' פני משה ח"א סי' ל"ה כ' סיוע דאיכא תקנת השוק בב"ח מאוחר דהא איכא מ"ד בפ' מי שהיה נשוי דמה שגבה גבה וכ' התוס' שם דעדיף מלוק' משום נעילת דלת ע"ש אלמא אלים כח ב"ח מאוחר מלוקח וא"כ ה"נ לדידן איך נעדיף כח הלוקח מב"ח מאוחר לענין תקנת השוק בסברא הפוכה ע"ש (א"ה עיין מ"ש ה' המחבר בס' שקודם זה) :

סימן קי"ד

א' דין ג' ואם עשאה אפותיקי וכו' אינו יכול לסלקו במעות וכולי אבל הלוה יכול לומר אני אפרע אע"פ שהדבר ידוע שאין לו מעות בא ומקבל מן הלוקח ולא נאמר שאין הלוקח יכול לסלקו אלא כשאין הלוה כאן או שאינו רוצה לסלקו' וכולי ה' המאירי בס' א"ז לקמא דף ח' ע"ב עיין שם בתוס' ובטור והב"י בסי' רכ"ו :

ב' ואם עשאה וכולי אינו יכול לסלקו במעות וכולי אבל הלוה עצמו אפי' עשאה להמלו' אפותיקי מפורש יכול לסלקו במעות כמ"ש בסימן קי"ז ע"ש וכ' ה' תורת חסד סי' קס"ד בהשו' מהרשד"ם סימן רע"ה מבואר שדין יורש באפותיקי מפורש כדין לוקח שאינו יכול לסלקו במעות ודין זה חידוש גדול בעיני ע"ש והם דברי המ"מ ס"פ כ"א מה' מלוה וז"ל ומזה שמעי' דאפותיקי אפילו יורשי' שהם במקום מורישם אינם יכולים לסלקו במעות שהרי היא כמכורה כיון שלא פדאה האב ולא לוה לפדותה וכ"כ הראב"ד והרשב"א ע"ש ועיין בספר א"ז דמציעא דק"י ונראה דאע"ג דקי"ל בסימן י"א ס"ך דאפילו לא כתב דאקני קנה והוריש גובה מהם וכתב הסמ"ע דרשות יורש כרשות הלוה דברא כרעא דאבוה הוא וכן לענין יאוש ושינוי רשות בן במקום אביו קאי ולא חשבי' רשות יורש כרשות לוקח (א"ה עכ"מ) :

ג' דין ד' ואם הוא תוך הזמן טורף בלא שבו' וכו' אבל רב האיי כ' דאפי' תוך הזמן אינו טורף מלקוחות אלא בשבו' הטור משמע דס"ל הכי וכן בעל העיטור סוף דיני אחריות הביא דברי ה' האי והבי' ראייה מהודה בשעת מיתה דלא פרע דגובה מהיורשים בלא שבו' ואינו טורף מלקוחות אלא בשבו' ע"ש וכבר דחה המ"מ בפי"ד מה' מלוה דהתם בדין הוא שלא תועי' הודאה אלל לקוחות משום חשש קנוניא ואין בידו להפקי' זכות הלקוחות אבל גבי יורשים אין לחוש לקנוניא שהרי בידו להפקיע ירושתם אבל תוך זמנו דמשום חזקה אין חי' בין יורשים ללקוחות וכו' ע"ש וכ"כ רב האי במשפטי שבועות שטר ט' מן הלקוחות כשב' ונוטל אע"פ שהודה הלוה דחיישי' שמא קנוניא עשו המלוה והלוה ע"ש וק"ק שהרי בעל העיטור בדיני נאמנות די"ב כתב וז"ל וי"א האב אינו יכול להפקיע שבועת הלקוחות ומעשים בכל יום דאין נפרעין מן המשועבדים אע"פ שיש בהם נאמנו' אלא בשבועה ומן היתומים שלא בשבו' אלו דברי ר"ת ומסתבר' דלגבי יתומים מהני נאמנות ולגבי לקוחות לא דטעמא דנכסים משועבדים משום דחיישי' לקנוניא הוא כדגרסי' בפ' שבועת הדיינים להקדש ליפר' מנכסי הקדש וכולי וכיון דמשום קנוניא הוא אפילו כתב בו נאמנות איכא למיחש לפירעון ולקנוניא וכו' עכ"ל הרי דנאמנות מהני לגבות מהיורשים ולא מהלקוחות משום חשש קנוניא והכי קי"ל בסימן ע"א ע"ש וה"ל הודאה אע"ג דמהני ליורשים לא מהני ללקוחות מה"ט דאפילו בשעת מיתה אדם עושה קנוניא על ההדיוט ודוקא גבי הקדש אמרי' דאין אדם עושה קנוניא על הקדש בשעת מיתה משום דאין אדם חוטא ולא לו וכמו שהוכיח הרשב"א בתשובו' חלק שני סימן רכ"ג עיין שם אבל גבי חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו אין חילוק בין יורשי' ללקוחות :

סימן קט"ו

א' דין א' אם כתב לו הלוה דאקנה וכולי כתב הסמ"ע דאפילו מאן דסבירא ליה דלא אמרינן אחריות ט"ס בדאקני היינו בלוה ומלוה אבל הלוקח שהשבית מחזיק בחלי השבח שהשביח אפילו לא כתב לו הלוה המוכר דאקנה וכו' ע"ש וכבר דחו דבריו הב"ח והש"ך ע"ש וז"ל הרמ"ה בפ' מ"ש סי' קס"ה אלא מיהו איכא

איכא לעיוני וכו' הכא במאי קני ליה ב"ח להאי שבחא ואי משום דכתב ליה דאקני האי שבחא דאשבח לוקח ולא בכלל דאקני הוא דאימת קניה מלוה להאי שבחא וכול הא כי אתא האי שבחא לבתר זביני דלוקח הוא דאתא והאי שעתא לא הו"ל ללוה זכות בהאי ארעא ולא בשבח' כלל וכו' וכ"ת א"ל דאקני בסתמ' לא משתעבד מיהו שבחא שאני דאפי' בסתמא נמי משתעבד לא ס"ד וכו' מסתברא דלא משכחת לה אלא כגון דכתב ליה ליבנא דמשמע מינה דשעבד ליה שבחא וה"ד כגון דכתב ליה דאקני אנא ומאן דאתי מחמתיה דמשמע דמשעבד ליה מאי דשבח נכסי אפילו גבי לקוחות ויורשים א"נ דכתב ליה דשעבד ליה נכסי' הינון וכל שבחא וכו' עכ"ל הרי דס"ל דאפי' כתב ליה דאקני לא מהני לגבי השבח אא"כ פירש בהדיא דאקני אנא ומאן דאתי מחמתי או אינון וכל שבחא :

ב' אבל הפירות המחוברים לקרק' אע"פ שא"ן לקרק' וכו' עיין בב"י דרש"י ובעל העטו' והרמב"ן והרא"ש ס"ל דאם א"ן לקרקע אין ב"ח גובה מהם וכ"כ הרשב"א בתשו' חלק שני סי' קס"ז וז"ל ולא עוד אלא אפי' לא תלשם כל שמכרן אם הם מבושלים כ"כ שא"ן לקרק' אין ב"ח גובה מהם וכו' משו' דקי"ל דב"ח גוב' את השבח אבל אינו גובה פירות וכו' וכדאמרי' בפ' נערה וכולי עיין שם :

ג' דין ג' אבל מקבל מתנה וכו' ואם המקבל מתנה הוא הלוה עצמו שנתנו לו אחרים שלא באחריות ע"מ שלא יחול שעבוד הב"ח עליה והשבית אע"ג דהמלוה אינו יכול לטרוף גוף הקרקע גובה הוא את השבח מהר"י ן' הרא"ש בתשו' סי' ס"ה ע"ש :

ד' הג"ה וי"א דאפילו השבח דממילא וכולי וכ"כ מהרש"ך ח"ד סימן פ"ה דיכול המוחזק דהיינו מקבל מתנה או היתומים לומר קיי"ל כרבוותא דס"ל דאפי' בשבח דממילא נמי לא טריף ע"ש מבואר דס"ל דמקבל מתנה מיקרי מוחזק לגבי ב"ח וכן מוכח מדברי הטור סימן קי"ב בספק אם חל שעבודו על הנכסים ע"ש :

סימן קט"ז

א' דין א' ואפילו לא מכר לו בשטר אלא בעדים וכו' דוקא בעדי מכירה שמוציאין הקול אבל עדי הודאה אין מוציאין את הקול כדמשמע בפרק ח"ה דאמרי' האי מאן דזבין ארעא בפרהסיא זבין וכו' ה' כנה"ג בסימן ע"ל הגב"י אות ל"ג ע"ש :

ב' אלא בעדים בעלמא וכולי כ' הסמ"ע בפרישה כתבתי הטעם דמאן דמוכר מוכר הוא בפרהסיא כי היכי דליתקבלו קונים הרבה וכו' וכ' הש"ך שכן מבואר בפ' ח"ה להדיא הטעם ע"ש וכבר בפרישה הביא הש"ס ופי' רשב"ם שיקפלו עליו קונים וכולי וכ"כ הרמב"ם בפי"א מה' מלוה והסמ"ג עשין צ"ד שכל המוכ' בפרהסיא הוא מוכר וקול יש לו וכן כתב הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י בסי' קע"ה מחו' ה' כרשב"ם ע"ש וגרא' דמשום דאפשר לפ' הלוקח קאי שקונה בפרהסיא וכן ראיתי לה' תורת חיים בפ' ח"ה שכ' ויותר נראה לפ' דהלוקח קאי שקונה בפרהסיא כי היכי דליפוק עליה קלא שמא גזולה היא או שמא יש לשום אדם שעבוד על הקרק' ויבא ויגיד ויוציא מעותיו מיד המוכר ע"ש פי' רשב"ם וכ"כ ה' כנה"ג בשיטתו לסנהדרין דכ"מ דאפשר לפ' דקאי אלוקח שקונה בפרהסיא כי היכי דליפוק עליה קלא שקנה קרקע ויזלו לו בשופע או שיחזיקוהו אדם גדול ע"ש ונראה דכ"מ למתנה בעדים דה"נ המקבל מוציא קול שקנה קרקע כדי שילוו לו אבל אם המוכר מוכר בפרהסיא כדי שיקפצו עליו קונים במתנה דלא שייך ה"ט לא ולכך כ' הסמ"ע טעם זה וסיים ומה"ט הנותן מתנ' בעדים אינו טורף דלית ליה קלא לאפוקי אם הקונה מוציא קול שקנה קרק' כדי שילוו לו דמה"ט מתנה נמי אית לה קלא ועיין בדרישה סימן ע"ל וסי' רמ"ג מיהו הרנב"ם בבעל התרומות שער כ"א חלק ח' סימן ג' הביא מ"ש הירושלמי הגע עצמך שנתן לה במתנה קול יוצא למתנה ואין קול יוצא למציאה וכו' פיר' מתביישה לומר נתת לי במתנה מפני שאינה יכולה לברר מפני שהמתנה ידועה שאין אדם נותן בצנעא ודוגמת דבר זה מאן דיזיף בצנעא יזיף ומאן דזבין בפרהסיא זבין וכולי ע"ש הרי שכ' דנותן בפרהסיא נותן כמו שהמוכר בפרהס' ורש"י והרע"ב בפ' הנזקין גבי אין מוציאין לאכילת פירו' וכו' פי' וז"ל הגוזל שדה ומכרה לאחר וכולי גובה דמי הקרק' מנכסי' משועבדי' שמכרה לו באחריות וכתב לו שטר מכירה הרי היא מלוה בשטר עכ"ל נראה דסביר' ליה דדוקא המוכר שדהו בעדים אפי' לא כתב שטר גובה מנ"מ משום דהמוכר מוכר בפרהסיא כדי שיקפצו עליו קונים אבל גזלן אינו מוכר בפרהסיא ולכך בעי' שטר אבל הריטב"א בחי' שם גבי לפי שאינם כתובי' וכו' כ' וז"ל ליכא לפ' שאינם כתובים ממש וכולי דהא כתיבה לא עבדא מידי דהא קיי"ל המוכר שדה בעדים גובה מנ"מ משום דמאן דזבין בפרהסיא זבין וקלא אית ליה אלא עיקר הפי' כמ"ש רש"י וכו' ע"ש הרי דאפי' בגזלן אמרינן דמוכ' בפרהסי' ואפילו מכר בעדים בלא שטר גובה מנ"מ וכ"כ הר"ן בחי' שם ואפשר דס"ל דלוקח קונה בפרהסיא (א"ה עכ"מ):

ג' אפי' לא פי' לו אחריות וכו' בעה"ת ריש שער מ"ז כתב דבמוכר שדהו בעדים בעי' שקבל עליו אחריות ולא אמרינן אחריות טעות סופר כיון דלא כת' שטר וכתב הרב ש"ך שכן משמע בהדיא מדברי רשב"ם דף מ"א ומ"ב עיי"ש וכן כתב הרב כנה"ג סימן קט"ו עיין שם גם רשב"ם דף קע"ב כתב וז"ל להנך דכתבי שטרי אקנייתא כותבין שטר מתנה שאין כתוב בהם אחריו' ולא אתי למיטרף לקוחות אי נמי שטר מכירה שכ' בהם אחריות שדינו למיטרף לקוחות משעת מכירה דעדי' מפקי ליה לקלא בלא שטר כדאמרינן בפ' ח"ה אמר רב המוכר שדהו בעדים גובה מנ"מ וכו' עכ"ל ונראה דסבירא ליה דמתנה באחריות אין כותבין זמן הקנין משום דאין לה קול אלא בשטר וטורף לקוחות שלא כדין אבל המכר יש לו קול בעדים דוקא כשקבל עליו אחריות וא"כ כשכתב בהם אחריות דינו לטרוף לקוחות משעת מכירה ובבתרא דע"ז דאמרינן זכו בשדה לפלוני וכתבו לו את השט' תיז' בשטר ואינו חוזר בשדה וכולי הקשו התוספות כיון שאין מזיק לו כלום בין במתנה בין במכר נכתוב לו וכו' דל"ל שאינו רוצה לטרוף ממשועבדים דאפילו בלא שטר גובה מנכסים משועבדים וכו' עיין שם משמע דסביר"ל דגוב' בעדים ממשועבדים אפילו לא קבל האחריות בפירוש דאם לא כן אימא דמיירי במכר שלא פירש האחריות דאינו גוב' ממשועבדים בלא שטר ול"ל דס"ל דאם לא התנה אפילו בשטר אינו גובה ממשועבדים דאחריות טעות סופר אמרי' ולא טעות מוכר כמ"ש הרמב"ן בחי' שם שיש מי שר"ל כן דמדברי התוספו' בריש פר' אף ע"פ בדבור המתחיל כתובו

כתובו

כתובו וכולי משמע דאחריות ט"ס אפילו לא התנה וכן משמע עוד מדברי התוס' דבתרא שם ע"ב בד"ה נקנה וכו' שכתב וז"ל וא"ת היכי מוכח מהכא דמילי במילי נקנו הא הכא לא קנה שעבוד השטר דבלא"ה שעבד נכסיו דמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים וכולי וי"ל דמ"ל בכל ענין בין החזיק בעדים בין בלא עדים שלא נשתעבדו נכסיו עיין שם וא"א אימא משום דמיירי אפי' לא פירש האחריות אלא משמע דאפילו לא פי' האחריות גובה מנ"מ וכתב הרא"ש בתשו' הביאה הטור אפי' המקנ' לחבירו שיכתוב שטר על מכר קנין דברים הוא שכבר נשתעבדו לו נכסיו משעת מכירה וכו' וכו' דלדעת רשב"ם ובעה"ת אם קנו מידו שיכתוב שטר על מכר לא הוי קנין דברים משום דלא נשתעבדו נכסיו בסתמא משעת מכיר' ועל ידי השטר יש שעבוד נכסים ויחול הקנין עליו ושם' א"ז תי' שם הראב"ד כן וז"ל דכי אמרינן המוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי דוקא בדקבל עליו אחריות בפי' אבל אם לא קבל עליו אחריות בפירוש לא וכולי עיי"ש אבל הרמב"ן בתשו' שכ' בעל התרומות ריש שער מ"ח משמע דסבירא ליה דאפילו לא קבל עליו האחריות בפי' גובה בעדים מנכסים משועבדים עיין שם וכן דחה הרמב"ן בחי' דברי הראב"ד וכן מוכח מדברי הרשב"א סי' אל"ף רי"א עיין שם ובחי' לקידושין דף כ"ז דחה דברי הראב"ד והסכים דבין בשטר ובין בעל פה אחריות טעות סופר הוא עיין שם ואם כן דעת הראב"ד ורשב"ם ובעה"ת דבעינן שיקבל האחריות בפירוש אבל התוספות והרא"ש ורבי יונה והרמב"ן והרשב"א והטור ורבינו ירוחם סבי"ל דאפילו לא פירש האחריות גובה מנכסים משועבדים וכ"כ מדברי המ"מ בפרק כ"ז מהלכות מלוה שכתב וזה לשונו דגי' רבינו דגובה מבני חרי ע"כ בשטרי הלואה הוא דאי בשטר מכר לא גרע ממוכר שדהו בעדים שגובה ממשועבדי' ע"ש וא"א אימא דבשטר מכר מיירי ומשום דשטר חספא בעלמא אינו גובה ממשועבדים דמוכר שדהו בעדים בעי' שיקבל עליו האחריות בפירוש ואפילו קבל עליו אחריות בפני עש"ג אינו כלום והרדב"ז ח"ב סימן תקמ"ט נשאל בזה וז"ל לכאורה נראה דאינו חוזר עליו וכולי אבל כד מעיינת שפיר בטעמא דמילתא תשכח דחד טעמ' לתרוייהו דלא שדי איניש זוזי בכדי וכולי עיין שם ולא זכר דברי הראב"ד ובעה"ת דסבירא להו דבעינן שיקבל האחריות בפירוש :

ד' הג"ה דוקא מוכר אבל נתן מתנה בעדים אינו טורף וכו' כ"כ המ"מ בפי"א מה' מלוה

בשם הרשב"א שכ"כ מדברי ר"ת דהנותן שדהו בעדים באחריות אינו גובה ממשועבדים הובא בש"מ לבתרא דמ"ב ע"ש וכ' ה' שער המלך שכ"כ מדברי הר"י שכ' הטור בסי' רמ"ג וז"ל ואם מתנה אם אמר שדה זו אני נותן לך באחריות קנה ומתחייב נמי באחריותו כמו שמתחייב באחריותו ע"י שטר כך מתחייב באחריותו ע"י חזקה למגבי מבני חרי ע"ש ולא זכר מ"ש מור"ם בסי' רמ"ג דאינו טורף ממשעבדי והוא"ל ומיהו בשטר דס"ל דר' יונה קאי נמי אמכר וכ' הסמ"ע סקי"ז אע"ג דבעלמא המוכר בעדים גובה ממשועבדים בלא שטר הכא כיון שמיחה בעדים גרע וכ"כ בדרישה שכ"כ לכאורה דא"א דבמכר אפי' בלא שטר גובה ממשועבדים מתנה שיש בה אחריות נמי יגבה ממשועבדים דודאי מתנה שיש בה אחריות שוה למכר מיהו מסיק שם דר' יונה דוקא במתנה קאמר וס"ל דדוקא במכר טורף בעדים בלא שטר משום דזבין בפרהסי' כדי שירבו קונים ויוסיפו משא"כ במתנה עש"ב וכנראה שלא ראה דברי המ"מ בשם הרשב"א דמתנה בעדים באחריות אינו גובה ממשעבדי וכ"כ הר' יונה הובא בש"מ לבתרא דע"ז וז"ל ק"ל היאך חוזר בשטר וכו' ואי במכר מיירי בלא שטר נמי חייב באחריות וכו' ואי במתנה בין בשטר בין בע"פ אין בו אחריות ואית דדחק ומוקי לה במתנה וכגון שפי' ואמר שיכתבו לו שטר באחריות וחוזר בשטר ושוב אין בה אחריות ואע"פ שנקנה לו באחריות והחזיק כל זמן שלא כתב לו את השטר נראה שאינו גובה מנכסי' משועבדי' דדוקא מוכר שדהו בעדים קאמר רב ולא נותן בעדים וכו' עכ"ל ומדברי התוס' והרא"ש ובבתרא דע"ז בד"ה חוזר בשטר וכו' שכ' וא"ת כיון שאין מזיקלו כלום בין במתנה בין במכר נכתוב וכו' וי"ל שאינו רוצה לטרוף ממשעבדי דאפי' בלא שטר גובה מנכסים משועבדי' וכו' נראה קצת דה"ל דגם הנותן בעדים באחריות בלא שטר גובה ממשועבדים דלא תי' דמיירי במתנה באחריות דחוזר בשטר שלא יגבה ממשעבדי וכן ראיתי בש"מ שם שתי' כן בשם י"מ ע"ש ואפשר דהתוס' והרא"ש מודו בזה אלא דדוחק לאוקמי במתנה באחריות דלא שכיחא דחזקה דאין אדם מקבל אחריות על המתנה דלכך אית בה דדב"מ כמכר הוא כדאמרי' בפ' המקבל וכמבואר בסי' קע"ה ע"ש בב"י אבל ראיתי להריטב"א בחי' לקידושין דכ"ז שכ' וז"ל יש שואלין כיון שאינו חוזר בשדה מה הועיל לו חזרתו בשטר דלענין אחריות ליתא מסתמא לית אחריות במתנה אפי' בשטר ואי קבל עליה אחריות אפי' בע"פ נמי מחייב בו ומפרקי' וכו' ע"ש הרי שכ' להדיא דאם קבל עליו אחריות אפילו בע"פ חייב ומוקי לה במתנה דוקא משום דבמכר לא קנה אלא בחזקה אי בק"ם אם לא נכתב השטר במקום שנוהגים לכתוב (א"ה עכ"מ ואח"ך בקונטרים אחר מצאתי כתוב אבל התוס' בגיטין וכו') אבל התו' בגיטין דכ"א בד"ה א"ד קנובים וכו' כ' וז"ל ומפ' ר"ת דהכא לא איירי במלוה אלא בשאר מילי דקלובי' כגון פסק לזון את בתה ה' שנים דדוקא במלוה לא גבי ממשעבדי משום דמאן דיזיף בלגעא יזיף אבל בשאר מילי דהוו כמכר וכולי עיין שם נראה דס"ל דלאו דוקא מוכר אלא ה"ה מתנה דדוקא מלוה לא גבי ממשעבדי משום דמוזיף בלגעא ואע"ג דאנן קי"ל דפסק לזון את בתה ה' שנים דאינו גובה ממשעבדי אא"כ קנו מידו כמו שפסק הרמב"ם (א"ה עכ"מ) :

סימן קי"ז

א' דין א' הג"ה אבל כל זמן שהיא בידו אינו יכול לסלקו רק במעות וכולי

כתב הריטב"א בחי' בפרק הבולא אם לא שטפה נהר יכול לגבות מקרק' אחר כדין ואם היא עידית ורצה לגבית ממנה אין לו רשות ללוה לדחותו לקרק' אחר ע"ש וגר' דאם רצה לגבות מקרק' אחר ה"ד מבינונית כדינו אבל אם רצה לגבות ממנה אפילו היא עידית גובה ואין לו רשות ללוה לדחותו לקרק' אחר ובמעות יכול לסלקו וכ' הסמ"ע דה"ה במטלטלי' דנקרא מיטב ואפילו באפותיקי מפורש יכול לסלקו בהם ע"ש ודבריו בפרישה על מ"ש הטור עשאה אפותיקי מפורש וכו' כ' הפרישה ז"ל הב"י כ"כ מדברי בעל התרומות שער ד' שכתב הא למה זה דומה למי שעשה שדהו אפותיקי לא' וא"ל לא יהא לך פירעון אלא מזו שאינו יכול לסלקו בשומא של קרק' אחרת ואפי' בעידית עכ"ל פי' דמשמע מינה הא במעות יכול לסלקו וכ"ל לדייק מדבריו עוד תרתי חדא שגם במטלטלין יכול

יכול לסלקו שהרי לא כתב אלא אינו יכול לסלקו בשומא של קרק' וכולי וכן קי"ל בכל ב"ח שיכול הלוה לסלקו במטלטלי' דכל מילי קרוי מיטב כדלעיל סימן ק"ב השני מדכ' בעל התרומות דין זה באפותיקי מפורש ש"מ דס"ל דבסתם אפותיקי יכול הלוה לסלקו באיזה קרק' אחר וכדעת רבי' ולא כדעת הר"ן עכ"ל ולא ראה מ"ש בעה"ת שער מ"ג ח"ב סימן ב' גם אפותיקי מפורש דקנוי לו דמי שהרי הלוה לא יוכל לסלקו ממנו בקרק' אחר כי אם במעות בלבד ע"ש וכבר כתב ה' גד"א שם דהב"י בחנם דחק להביא משער ד' דהכא בהדיא כ"כ עיין שם וא"כ מדכ' כי אם במעות בלבד משמע דוקא במעות אבל לא במטלטלי' דכמו שאינו יכול לסלקו בקרק' אחר אפילו היא עידית הכא נמי אין יכול לסלקו במטלטלים וכעין זה כת' מרן הב"י בסימן ק"ב מחודש ב' ביורשי' שלא הניח מורישם אלא קרקעות והם רוצים לסלק הב"ח במטלטלי' שלהם נראה שהדין עם הב"ח דהנך מטלטלין לא היה בעבודו עליהם וכולי וכ"כ מדכ' רבינו בסימן ק"ז אגל יורש וכו' מיהו אם רוצים לסלקו במעות וכולי והפרישה בסי' ק"ז דחה מדכייס הטור שם אבל אם אין ליורשים משל עצמן לא מטלטלין ולא מעות אלא קרק' וכולי משמע דבמטלטלי' יכול לסלקו כמו במעות וכולי ע"ש מ"מ נר' דהכא באפותיקי מפורש לא יוכל לסלקו אלא במעות בלבד ולא במטלטלין כיון שלא נשתעבד לו אלא אותו קרק' בפי' אבל באפותיקי סתם נראה דבעל התרומות ס"ל דיכול הלוה לסלקו אפי' קרק' אחר שהרי כתב שם בשער מ"ג גבי אפותיקי מפורש וז"ל שבזה לא נאמר אין נפרעין ממשועבדים במקום שיש ב"ח כי יותר הוא משועבד דקנוי לו דמי שהרי הלוה לא יוכל לסלקו ממנו בקרק' אחר כי אם במעות בלבד ע"ש וא"כ באפותיקי סתם א"א דאין הלוה יכול לסלקו בקרק' אחר אלא במעו' בלבד למה אמרו בו אין נפרעין ממשועבדים במקו' שיש בני חורין כמבואר בדברי בעה"ת שם ת"א ע"ש ושוב מצאתי בתשו' מהר"י ן' מיגש סי' פ"א על ראובן נשא את לאה וכתב לה בית מיוחד לכתובתה ואח"ך נתן לרחל אחותו כל נכסיו מקרקעי ומטלטלי' וכולי שכ' וז"ל שזהו הבית שכתב אותה ראובן מיוחדת ללאה בכתובתה אינה גובה אותה אלא כמו שהיא שוה בשעת הגבייה ולא כמו שהיא שוה בשעת שייחד אותה לה וכו' שהייחוד אינו קנין בגוף ואינה קונה בית זה המיוחד לה אלא בעת שמגבי' אותה לה ב"ד וכו' שאם רצה לקחת המיוחד לה ולעשו' בו חפצו ויתן לה זוזי או שיתפשה לדרי יכול לעשות זה וזה דליה בהייחוד אין אמתתו להקנות לה אותו דבר המיוחד לה מאותה שעה כדי שנאמר שילא מהיות בכלל נכסיו אבל הוא ייחוד בעלמא כדי שתגבה ממנו כתובת' כשיגיע זמן גביית' וא"כ נתחייב לומ' שזהו הבית המיוחדת כל זמן שלא גבתה לאה כתובת' עדיין היא וכולי ע"ש ומ"מ הרי בעה"ת כתב בפי' דאפילו באפותיקי מפורש יכול לסלקו במעות כדברי הטור והראב"ד בספר תמים דעים סי' רמ"ה דע"ד כ' וז"ל אנן לא אמרי' הכי אלא לרבא אפי' א"ל מעכשיו לא הוי זבינה זביני דהא טעמא דרבה משום דאי הו"ל זוזי הוה מסלק ליה בזוזי הילכך אפי' במעכשיו ואפילו לא יהא לך פירעון אלא מזו כיון דצריך שומא לרבא לא קני עדשעת גוביינא כשאר שומא וכולי עכ"ל נרא' לכאורה דס"ל דאפותיקי דלא יהא לך פירעון אלא מזו אינו יכול לסלקו במעות דלא קנה לרבא עד שעת גבייה מטעמא דצריך שומא וכולי וז"ל הרי"ף בתשו' סימן ר"ד ומ"ש א"כ מה הפרש בין אפותיקי זה

ובין שדה שנתנה במתנה וכולי הוי יודע דודאי מאחר שהתנה על עצמו בכך אין ביניהם שום הפרש דליכא אחריות לא על זו ולא על זו ומ"ש היכא דכתב לא יהא לך פירעון אלא מזו אין לו בה אלא שעבוד לאו הכי הוא אלא גוף של קרק' יש לו אבל אין לו פירותיה עד הזמן שהתנו ביניהם הלא תראה שאלו היה רוצה לסלק שעבודו משעבוד זה השדה לשדה האחרת דמקומה הוא אפשר ליה למעבד כן ש"מ השדה זו קופה קנויה לו וכן אמרי' התם הא דמסיק ביה זוזי וכו' עד השמ"ע דא"ל לא יהא לך פירעון אלא מזו נתברר לך מזה שהיא קנויה לו עכ"ל הרי שכ' דאפותיקי מפור' הגוף קנוי לו ואינו יכול לסלקו אפי' במעות שדינו כמתנה בלא אחריו' אבל הרמב"ן בש' הזכות סי' י"ב כ' גבי מכרו שניהם לפרנסה וכולי וז"ל יש לתמוה למה הבעל מוליא מיד הלוקח מה שמכר הוא דכל זכות שלו כבר קנאו לוקח וכ"ש בשום שהכנים נשלו שאינו אלא כאפותיקי מפורש וסוגי' בכוליה בנזקי' דלוקח שדה שהוא אפותיקי מפורש לב"ח נוקחו מקח וממכרו נמכר עד שיבא לגבות הימנו ואם רלו בעלים לסלק במעות הרבות בידם וכו' עכ"ל וכ"כ עוד שם בש' הזכות וכ' הב"ת לעד"ן להוליא דין זה ממתני' דפ' השולח עבד שעשאו רבו אפותיקי לאחרים ושחררו שכתב רבי' בסמוך דמיירי באפותיקי מפורש ואפ"ה ילא לחירות משום דשחרור מפקיע מידי שעבוד כרבא ורבא לטעמיה דאמר ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה ובפ' כ"ש מפ' טעמא דרבא משום דהיה יכול לסלקו במעות השתא הוא דקני' אלמא אפי' באפותיקי מפורש יכול הוא לסלקו במעות דאם לא יכול לסלקו א"כ למפרע הוא גובה וכו' ע"ש וכ"כ הסמ"ג עשין ל"ד וז"ל עבד שעשאו רבו אפותיקי ושחררו אע"פ שכתב לא יהא לך פירעון אלא מזו ילא לחירות דאמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיע מידי שעבוד ורבא לטעמיה דאמר רבא ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה וכו' ע"ש הרי שכ' דמיירי באפותיקי מפורש ורבא לטעמיה דאמר מכאן ולהבא הוא גובה אבל בא"ז למליעא דע"ז בד"ה תניא אידך וכו' כ' וא"ת והא כיון דקתני שלוקח גובה אחריות מנכסי' בני חורין מכלל דאית ליה נכסי' ללוה וא"כ היאך גובה ב"ח מהלוקח הזה הא קי"ל שאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח וכו' ולמסקנ' ל"ק דהא אוקי בדשוייה לוה להאי ארעא אפותיקי מפורש דעלה הוא דהדר ב"ח ואין לו על שאר נכסי' כלום כי היכי דלוה גופיה לא מסלק ליה בזוזי וכו' וכן פי' ר"י עכ"ל הרי שכתב דלוה לא מסלק ליה בזוזי ולדעת בעה"ת והרמב"ן והטו' דאפילו אפותיקי מפורש יכול הלוה לסלקו במעות א"ל ברייתא' מיירי כשאין ללוה אלא קרקעות בני חורין דאינו יכול לסלקו בהם :

ב' כתב מהרשד"ס סימן רע"ה אפותיקי מפורש ה"ד שכתב בפירו' שלא יהא פירעון אלא מזה אבל אם כתב לו באפותיקי מפורש כנ"ד דינו כאפותיקי סתם והביאו הרב כנה"ג אות ט' עיין שם והרב תורת חסד סימן קס"ד לפי דעתו קשה תיבת מפורש למה לי וכבר נודע דדייקינן לשון השט' כלשון המשנה שלא יהא יתור ואם כן נראה דעת הסופר דלשון זה הוי כמו לא יהא לך פירעון אלא מזה עיין שם וכן נראה עיקר :

ג' אם לא ימלא נכסים בני חורין וכולי הטור כתב ואם מכרו המוכר קיים שכל זמן שימלא לו בני חורין אינו טורף את זאת ואם לא ימלא לו ב"ח טורף אותה ואף כשהיא בידו שלא מכרה יוכל לסלקו בשאר נכסים וכו' וכתב הב"ח ויש להקשות אם כן מה יפה כח

אפותיקי

אפותיקי בלא אפותיקי נמי כן הוא הדין וי"ל דיפה כחו אם מכר כל נכסיו דגובה משדה זו אפילו מכירה ראשונה ולא יוכל לוקח א' לדחותו ולומר הנחתי לך מקום לגבו' וכו' עיין שם וכן כתב המ"מ בפרק י"ח מה' מלוה דנר' דעת רבינו דאם מכר הלוה שאר נכסים אחר מכירה זו המלוה טורף את זו ובזה יפה כח האפותיקי וכן פירש ר' אפרים וכולי ואפשר שלזה כתב רבינו אם לא ימצא נכסי בני חורין ולא אמר אם לא היו לו בשעת מכיר' נכסים בנ"ח וכו' עיין שם וכן לשון הטור שכל זמן שימצ' לו בני חורין וכולי ואם לא ימצא לו בנ"ח וכולי נראה דסבירא ליה דאם מכר כל נכסיו אחר שמכר את האפותיקי לא יוכל לוקח א' לדחותו אצל המשועבדים שמכר לומר הנחתי לך מקום לגבות ומהרח"ש בתשובו' ח"א סי' ל"ב הוכיח מדברי רש"י בפ' השולח ומתשו' הרי"ף והראב"ד והרמב"ן והרשב"א דאינו טורף מלוקח א' האפותיקי דמ"ל הנחתי לך מקום ואם כן כיון שהלוקח כבר מוחזק בקרק' על המלוה להביא ראיה שיכול לטרוף משם ולא מהלקוחו' שלקחו אחריו עש"ב ואין נראה כן דאדרבה אחר דקרקע זו היה משועבד לב"ח על הלוקח להביא ראיה לו' הנחתי לך מקום להוציא מהלקוחות שהחזיקו בקרקעות שלקחו שיפקע שעבודו ולהוציא מהלקוחות שלקחו אחריו (אמר המגיה עד כאן מצאתי) :

ד' דין ב' משכונה סתם דינה כאפותיקי סתם וכו' דאינו יכול לסלקו בנכסים אחרים אלא במעות וכתב הר"ן בפ' שבועת הדיינים גבי מאן דאוזפי' אלפא זוזי וכו' שיש ללמוד ממנה למשכונת קרק' המלוה יכול לכוף ללוה שיפרע לו חובו אף על פי שא"ל דהתם כיון דאכל פירי וכו' הרי היא כמכר עיין שם וכן בפר' אז"נ דאמרינן משכנתא באתרא דמסלקי אין ב"ח גובה הימנה ואין הבכור נוטל בה פי שנים ושביעית משמטתה כתב הרא"ש מכאן יש ללמוד דמשכנתא באתרא דמסלקי יכול המלוה לכוף ללוה לפדותו בע"כ דאם לא כן אמאי שביעית משמטתה והא לא קרי ביה לא יגוש וכו' וכ"כ הטור בי"ד סימן קע"ב ע"ש והרשב"א בתשו' ח"ג סימן מ"ג כתב מי שמשכן קרק' לחבירו שעבודו על נכסי בעל הבית ואם שטפה נהר או נמלא שדה שאינה שלו גובה משאר נכסים דהיינו אפותיקי סתם וכו' הגיע הזמן ותבע ב"ח את חובו אם יש מעות לממשכן חייב לפדו' במעו' ואם אין לו מעות וא"ל טול קרקע שוה כנגד מעותיך שומעין לו וכדאמרינן בכתובות פרק הכותב וכולי ומהכא שמעינן דהיכא דאית ליה זוזי מי חייבי' ליה למיהב זוזי ואי לא לא מחייבי' ליה לזבוני אלא שמין לו ופור' בארע' ולא שיהא עליו לשום לו מאותו קרקע ממש שמשכן לו אלא שם לו מאיזה קרק' בינונית שיש לו וכו' והיכא דלא בעי מלוה לאיפרועי אלא בזוזי ובעי לאמתוני עד דאתרמו ליה זוזי ללוה יש מגדולי הדור שאמרו שהדין עמו ואין הלוה יכול לכופו ליטול קרק' דזוזי שקל וזוזי יהיב ולא אמרו דמצי א"ל שקול ארעא אלא כשהוא בא ליפר' וכופ' את הלוה לפורעו ומרבותי גם כן אמרו דלעולם מצי למי' ליה שקול ארעא דעיקר גוביינא בקרק' מדלא מחייבינן ליה ללוה למטרח ולזבוני ולמיתי והילכך מצי למימר רוצה אני לפרוע דכל שילא שמי שאני חייב זיל נכסאי ודעתי נוטה לזה וכולי עיי"ש באורך מבואר דסביר"ל דמשכונה ואפותיקי סתם יכול המלוה לכוף ללוה לפרוע מעות אבל אם אין לו מעות יכול לסלקו באיזה קרק' בינונית שיש לו ואינו חייב לשום לו מאותו קרק' ממש שמשכן לו וה' מ"מ פ' י"ח מהלכו' מלוה כתב בשם הרמב"ן והרשב"א מיהו באפותיקי כל זמן שלא שטפה נהר אין לו מאותה שדה וכתב הב"ח אפס' לפ' דר"ל דאף כשהוא ביד הלוה שלא מכרו אין יכול לסלקו כשאר נכסים דאין לו מאותה שדה וכו' ואפשר לפרש גם כן דבמכר כל נכסיו קאמר דאין לו מאותה שדה אבל בלא מכר יכול לסלקו בשאר נכסים וכדעת הטור עיין שם ובתשובות הרשב"א חלק א' סימן תתקמ"ב כתב וכן אלו רצה הלוה לסלקו בקרקע אינו רשאי מדתנן בפרק אז"נ הלוהו על שדהו וא"ל אם לא תתן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי הרי זה שלו ואוקימנא לה דוקא בדאמר ליה מעכשיו הא לאו הכי אסמכתא היא ומ"מ אמר רב פפא אפותיקי הוי למגבה מיניה לומר שאינו יכול לסלקו בקרק' אחר ואקשינן וכו' ואסיקנא דאפי' אפותיקי לא הוי אלמא היכא דבוייה אפותיקי סתם בלא אסמכתא גבי מניה ואינו יכול הלוה לסלקו בקרק' אחר ולא מלוה ליפר' מקרקע אחר עכ"ל הרי דסביר' ליה דאפילו אפותיקי סתם ועדיין ביד הלוה אינו יכול לסלקו בקרק' אחר אבל ראיתי בתשובות הרשב"א חלק ג' סימן מ"ג שכתב וז"ל ולא שיהא עליו לשום לו מאותו קרק' שמשכן לו אלא שם לו מאיזה קרק' בינונית שיש לו כדמוכח בפ' אז"כ כמש"ל והיכא דלא בעי מלוה לאיפרועי אלא בזוזי ובעי לאמתוני עד דמתרמי ליה זוזי ללוה יש מגדולי הדור שאמרו שהדין עמו ואין הלוה יכול לכופו ליטול קרק' דזוזי שקל וזוזי יהיב ולא אמרו דמצי א"ל שקול ארעא אלא כשהוא בא ליפר' וכופה את הלו' לפורעו ומרבותי ג"כ אמרו דלעול' מ"ל ליה שקול ארע' דעיקר גוביינא בקרק' הוא וכולי ודעתי נוטה לזה ודנתי בפני רבותי גם כן בשעה שנחלקו על דבר זה לכאורה ממ"ש בפ' אז"כ הלוהו על שדהו וא"ל אם א"א נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי הרי זה שלו ואוקין לה דא"ל מעכשיו דאי לא הוה ליה אסמכת' ולא קני' וגרסי' התם אר"פ אף על גב דאמור רבנן אסמכת' לא קניא אפותיקי הוי למיגב' מינא ואסיקנ' דוקא בדא"ל לא יהא לך פירעון אלא מזה וש"מ דאי לא אמ' לי' לא יהא לך פירעון אלא מזה אם רצה לשום לו מקרק' אחר הרשו' בידו וכמש"ל ועוד נר' לי מכאן שאפי' רצה הלוה לסלקו בקרק' אחר והמלוה אומ' איני רוצה ליפר' עד שיזדמנו לך מעות אין שומעין לו עיין שם באורך הרי דסביר"ל הכא דהלוה יכול לסלקו בקרק' אחר ולא מאותו קרקע שמשכן לו ודעתו נוטה גם כן דאפילו המלוה אומר איני רוצה ליפרע עד שיזדמנו לך מעות אין שומעין לו ויכול הלוה לסלקו בקרק' אחר בע"כ וגם החולקים לא חלקו אלא כשהמלוה לא רצה לפרו' אבל כשהוא בא ליפר' ואין ללוה מעות יכול לסלקו בקרקע אחר בינונית שלו ולא מאותו קרק' שמשכן לו כדמוכח בפ' אז"כ דדוק' באפותיקי מפורש דא"ל לא יהא לך פירעון אלא מזה הוא דאינו יכול לסלקו וכבר כתב הרב נתיבות משפט דף רע"ב דאין ראיית הרשב"א ח"א מפ' אז"כ מכרעת דהא אוקי' באפותיקי מפורש אבל באפותיקי סתם נראה דיכול לסלקו בקרקע אחר עש"ב :

ה' ראובן שחייב לשמעון בשטר שזמנו בניסן ושעבד בו אפותיקי קרקע בקנין מידו ולא מיד אשתו ואחר זמן בתשרי קרעו השטר וקנו מיד אשתו תחילה ואח"ך מידו וכתבו שטר אחר מזמן ב' ולראובן לוה מלוי בין ניסן לתשרי ובא לוי לטרוף הקרקע שהוא מוקדם נראה פשוט דלוי יכול לטרוף דשמעון אחר שנקרע שטרו נמחל שעבודו דהא דקי"ל בסי' ר"מ בב' שטרות היוצאים על שדה א' דאם הוסיף בשטר הב' לא בטל

את

את הא' וכו' כבר כ' הנובי"ע ח"א סימן ק"א דה"ד בשני שטרות היוצאים שלמים לפנינו אבל אם נקרע השטר כבר נמחל שעבודו: ע"ש וה"נ דבשטר הב' נוסף בו קנין האשה אם היו שניהם בשטרות קיימים אם רצה גובה מזמן שטר הא' אבל בכיון שנקרע נמחל שעבודו ואין לו אלא מזמן ב' והרדב"ז ח"ב סי' קכ"ד כ' דאפי' בני השטרות שוים לא בטל השני את הא' ואם רצה גובה בשניהם דלא אמרי' הכי אלא בכתובה וכו' אבל בשט"ח אם הוציא ב' שט"ח אפי' שניהם שך א' גובה את שניהם ואפילו מודה ראובן דאין כאן אלא חוב א' מ"מ לא בשביל כך אבד זכותו לטרוף ממשעבדי מזמן השטר הא' שהרי אם רוצה היה מסתיר השטר האחרון וגובה בראשון מזמן א' ומגו דאי בעי אמר שני השטרות חייב לי נאמן לומר אע"פ שכתבתי השטר האחרון לא מחלתי שעבוד הא' וכו' ועוד דמסתבר שלא מחל השעבוד השטר הא' דא"כ נמצא מפסיד הזמן שיש בין הראשון לשני ועוד כיון ששני השטרות יוצאים מתחת ידו להכי הניח את הא' בידו שאם ירצה להגבות בו יגבה וכו' עכ"ל א"כ דאם השני שטרות קימים לא אמרי' בטל השני את הא' ואפי' הוא מודה שאינו אלא חוב אחד וטורף ממשועבדים מזמן הא' מטעם הנז' אבל אם נקרע השטר הא' ודאי דנמחל שעבודו ולא יטרוף אלא מזמן השטר השני וה' כנה"ג בסי' ר"מ תמה על הר"ן וכבר כתבו הריף והרא"ש ובעה"ת שער ס"ו ח"א דהא דא"ר דבטל שני את הראשון ה"מ בשטרי קרקעות ודדמי להו כגון כתובת אשה אבל בהודאות והלואות גובה שניהם כל א' לפי שעבודו ואפי' שניהם ביום א' וכולי גם הריטב"א בפ' נערה כ' פירש"י בשטרו' של מכר או של מתנה כלומר דבשטרי הלואה שניהם קיימים לעולם אפי' היו ביום א' וכ"כ רבינו אלפאסי וכו' וכן הסכים הרא"ה שם ע"ש הטעם ומ"ש הרדב"ז דאפי' מודה שהם חוב א' לא אבד זכותו לטרוף ממשעבדי מזמן שטר הא' דנאמן במגו וכולי נראה דאם היו ללוה נכסים אלא שמכרם בין זמן שט"ח הא' לזמן שטר השני כיון שהספ' הוא אם נמחל שעבודו כל שטר הא' או לא כיון דהב"ח מוחז' בשעבו' וס' אם נמחל שעבודו או לא נאמן שלא מחל בשעבודו הא' במגו לגבי הלוקח וטרף מלקוחו' שהו' מיקרי מוחזק לגבי הלוקח כמ"ש מהר"ש בתשו' המיימוני' דשייכי להלכות אישות סימן ה' בד"ה אודות כסף וכו' לא מהני חזקה לאפקועי לשעבוד כתובה ושעבוד ב"ח מלקוחו' דגובה מהם לעולם אף על גב דהחזיק לוקח וכולי ולא שייך למימר דטעני' ליורשים דאלו היה אביהם קיים היה מברר שלקח מן האשה וחזר ולקח מן האיש וכולי כדי להוציא הקרק' מיד בעליו לא טענינן דקרק' בחזק' בעליה קיימת עד שיתברר לנו שיצא מחזקתו וה"נ שעבוד הקרק' הוי בחזקת ב"ח וכתובת אשה בקדמו עד שיתבר' שמחלו לשעבוד וכולי עכ"ל ואם כן כיון דמשועבד לו בשט' א' הוי בחזקתו וטורף מלקוחות עד שיתברר שמחל בשעבודו אבל אם קנה קרק' בין זמן שטר וכו' (א"ה עכ"מ ואח' כך מצאתי כתוב ורש"י בס"פ וכו') ורש"י בס"פ הכותב כתב שני שטרות וכו' ושניהם על הלואה א' או על מכר א' וכתב הרמב"ן אינו יוד' אם ר"ל על הלואה א' ודאי כיון שהודה מתחלה שעל מעות הראשונים הוא כותב זה השני או בשטם עיי"ש ונראה דאם הודה מתחלה שעל מעות הא' הוא כותב אמרינן דבטל שני את הא' ואינו טורף אלא מזמן שטר השני :

סימן ק"ד

א' דין א' עד שיפרעפו לידו או ליד שלוחו וכו' כ' הרשב"א בתשובות ח"ד סימן ר"מ דאם הניח הלוה מעות ברשות מלוה במקום המשתמר ונשבע שפר' שעבר על שבוע' הוא שאין זה פירעון שהרי אם נתנו על ידי ש"ח אף על גב דזכה ליה חייב באחריותו וחצרו נמי מדין שליחות היא כדאיתא בפרק א"מ עיי"ש ולכאור' נראה דלמ"ד דחצר משום יד איתרבאי אם נתנו בחצרו הוי כאלו נתנו בידו ופטור ודוקא אם הערי' שנתנו בחצרו ונשב' שפרעו וחזר ולקחם כתב הרשב"א דאין זה פירעון הוא שאין חצרו קונה לו לחובתו שזה מערי' שתקנ' לו חצרו כדי שיפטר הוא ויפסיד בעל החצר עיי"ש אבל אם לא הערים ונתכנס לפירעון בחצרו קנתה לו חצרו למאן דאמ' חצר משום יד איתרבאי וכבר ה' מח"א בהלכות קנין חצר סימן א' הביא מחלוקת זו עיין שם ועוד אפש' לו' דאפילו אם חצר מדין שליחות ל"ד לנתנו לו על ידי שליח דהתם לצאת פסידא למלוה שהשליח רוצה להוליכם בדרך וחיישינן שמא יאבדו בדרך אבל אם אינו רוצה להוליכם בדרך אלא מניחם במקום השמור לא דוכין לאדם שלא בפניו וכה"ג כתב המח"א בהלכות שלוחין סימן י"ג עיין שם ואם כן אם הניח בחצר המלוה המשתמר אפ' דהוי פירעון והתוספות בערכין דף כ"ב בד"ה מדאיצטריך וכו' כתב דאם בפניו הוי נתינה בע"כ אפשר לזכות לו ע"י אחר עיין שם אלמא מזכה לו על ידי אחר הוי נתינה וכל שכן בפירעון ונראה דסבירא ליה דהולך מנה לפלו' שחייב באחריותו שאני שהשליח רוצה להוליכו בדרך ואיכא פסיד' למלוה דחיישינן דשמא יאבדו בדרך אבל מזכה לו על ידי אחר ומניחם במקום המשתמר הוי נתינה כמ"ש ואם כן הכא נמי אם הניחם בחצר המלוה המשתמ' אפ' דהוי פירעון ודוקא במערי' אמרי' דאין חצרו קונ' לחובתו כדי שיפטר הוא ויפסיד בעל החצר אבל לפירעון יצא וכי האי גוונא כתבו התוס' והרא"ש בפרק מי שאחזו דבפירעון החוב פשיטא דהוי פירעון בע"כ שאין המלוה מפסיד בקבל' הפירעון עיין שם והרשב"א בתשובו' גם כתב עוד וז"ל ואפי' במקום שרואה אותם שם המלוה לא קנתה לו חצרו שהם שלו ולא של זה שנתכנס שם ובכי האי לא קנת' חצרו דחצרו כידו ואלו הגביה מעות של הפקר וסבור שהם שלו לא קנה כדגרסי' ביבמו' פ' ר"ג המודר נכסי הגר וכסבו' שלו הם לא קנה והיינו נמי דאמרינן בפרק הגוזל הגוזל את חבירו והבליע לו בחשבון לא יצא ואוקי' לחד ליש' דמנא ורמא לדידיה עכ"ל אם כן אפילו למ"ד דחצרו משו' יד איתרבאי אם הניחם בחצר המלוה אפי' במקו' המשתמ' ורואה אותם המלוה לא יצא דלא קנתה לו חצרו ומבוא' דאם הבלי' לו בחשבון ונתכנס לתוך כיסו שיש בו מעות יצא כדין גזילה דמהני כשנתן המעות לכיסו שיש בו מעו' דמסתמא אדם יוד' כמה יש לו מעות ברגיל להשתמש בכיסו תמיד אבל אם זרקו לכיסו שאין בו כלום לא יצא וחייב באחריותו עד שיפרעפו כמו שפסק מרן בסי' שנ"ה עיי"ש בהסמ"ע והכא נמי בפירעון החוב אם הבלי' לו בחשבון ונתכנס לתוך כיסו שיש בו מעות יצא אבל אם נתכנס לכיסו שאין בו כלום לא יצא וחייב באחריותו ואם נשב' שפרעו עבר על שבו' דלא חשיב פירעון :

ב' אפילו אמר זרוק לי וכו' דסתמא זרוק ושמור קאמר הט"ז דבי"ד סימן קס"ט כ' הטור יכן אם העמידו אצל הגוי ואמר לראשון הניחם על גבי קרק'

קרק' וכן עשה וכולי וכתב מרן הב"י דרבינו לא הזכיר והפטר וכן הרמב"ם משמ' דס"ל דהפטר דקאמר תלמוד' ל"ד דהניחם ע"ג קרק' הניחם והפטר משמ' עי"ש :

ג' אבל אם אמר לו זרוק לי חובי והפטר וכו' אבל כל שעדיין לא זרקו יכול לחזור בו לומר אי אפשי שתזרקנו מהרימ"ט סימן קט"ז והביאו הרב מש"ל בפרק ו' מהלכות אישות דין י"א עיין שם ונראה דאפי' קנו מידו יכול לחזור כמו בערב שיכול לחזור קודם שנתן המעות המלוה :

סימן קכ"א

א' דין ג' הג"ה וי"א שצריך לישב' תחלה כדין שאר נשבעין ונוטלי' וכו' מיירי דאין השלח בכאן דאל"כ צריך לישב' לכ"ע כיון דהכחישו השליח כמ"ש הפרישה ע"ש וכ"כ בשו"ת בשמים ראש סי' שי"ד שישב' היסת אפי' אין השליח בכאן מיהו ה"ד שיש עדים שבא השליח אליו שאז הוי כאלו השליח בפנינו ומכחישו אבל אם אין עדים בדבר פטור אף מהיסת ואף ע"פ שאם היה רוצה היה טוען פרעתי או להד"ם לא אמרי' מגו דאי בעי מעיז לחייב שכנגדו שבו' דרבנן עיין שם מבואר דס"ל דלא ישב' אא"כ היו עדים בדבר אבל כי ליכא עדים אפי' איכא מגו דלהד"ם או פרעתי פטור משבו' משום דהוי מגו דהעזה וכבר כתבתי בסימן ע"ה ובסימן פ"ד מחלוקת האחרוני' אי אמרי' מגו לחייבו שבו' ומדברי הרב משמע דאמרי' מגו לחייב שבו' אלא משום דהוי מגו דהעזה ואפשר דס"ל דמגו לאפטורי משבועה אמרי' וכן דעת הרא"ש ומגו דהעזה לא אמרי' לאפטור' משבו' וה"ה דלא אמרינן מגו דהעזה לחייב שבוע' אבל מגו טוב אמרינן לחייב שבו' מיהו מ"ש ישב' היסת לא דק דלא מלינו שבו' היסת ליטול כמ"ש הרמב"ם בפ"א מה' טוען דין ו' וכת' המ"מ כדברי רבו ן' מיגאש ודברי ן' מיגאש הם בחי' לשבועות דמ"א גבי טוען פרעתי בשטר וז"ל ונקוט האי כללא בידך דלא משכחת לה לעולם שבו' היסת בנשב' ונוטל וכולי עיי"ש וכן לשון הרמב"ם והטור בדין נשבעין ונוטלין משמע בנק"ח ככל נשבעין ונוטלין ועיין בהש"ך בסי' פ"ז ס"ק לא' שכ' דכל שבו' שאינה נזכרת במשנה בהדיא קרי לה הרמב"ם היסת וכ"כ בסי' פ"ט ע"ש :

ב' דין ד' שלח המלוה וכו' כ' הרשב"ש בתשו' סי' קל"ט דאם המלוה גוי ושלח הישראל לגבות חובו מהלוה דגוי אין לו שליחות וא"כ הו"ל השליח שלוחו של הלוה וכאלו לא שלחו הגוי דמי ויהיה דין הלוה עם המלוה הגוי והשליח א"ן לישב' אפי' היסת דטענת הגוי כמאן דליתא ושמא השליח הגיע המעות ליד המלוה הגוי וקבלם והו"ל טענת הלוה שמא ואין משביעין על טענת שמא דדוקא בישראל מצרפין טענת המלוה והלוה ומשביעין אותו עכ"ל וא"כ שהרי כ' הרמב"ם בפ"ב מהל' שלוחין האומר לחבירו מנה שיש לי בידך בין מלוה בין פקדון שלחהו לי ביד פ' אפי' היה קטן אם רצה לשלחו בידו נפטר ואינו חייב באחריותו וכולי ע"ש בכ"מ אלמא אף על גב דאין שליחות לקטן חשיב כאלו הגיע לידו וה"ה בגוי כמבואר בדברי הלח"מ שם גבי עבד שהק' דאין ראיה דשאני התם דאמר בהדיא שלח לי ביד עבדך כנעני דכה"ג בקטן דלאו בר שליחות מהני ע"ש אבל הרמב"ן סובר דאינו פטור עד שאומר שלח ופטור וכבר האריך הר' מח"א ה' שלוחין סימן ה' ועיין שם עוד במח"א סימן כ"ב :

ג' ישבע הלוה היסת וכו' היורש שבא בטענת אביו דהוי טענת ספק ואפי' טען היורש ברי שמנה לאביו בידו נאמן הלה לומר שנתנם לא' ע"פ אביו או שהמחהו אצל א' במעמד שלשתן במגו דאי בעי אמר החזרתי לו מהר"ם אלשיך בתש' בס' אבקת רוכל סימן קע"ה והסכים עמו מרן שם :

ד' דין ה' אלא שצריך שבו' חמורה כעין של תורה וכו' כ' הסמ"ע דשבועת המפקיד בשטר מן התורה היא כיון דאינו נפטר אלא במגו דנאמנו ובטענת נאמנו צריך לישב' שבו' התורה והש"ך תמה דלא יעלה על הדעת דהוי שבו' דאורייתא בטענת החזרתי דלא שייכא בדאורייתא כלל ולשון בעה"ת והטור משמע מדרבנן כעין של תורה עכ"ב וכבר הוכחתי בסימן פ"ז דין י"א מדברי התוס' בפ' המוכר את הבית גבי שטר כיס דס"ל דבטענת החזרתי נמי צריך שבו' דאוריי' וכן נר' דעת בעל העיטור בדיני פקדון דמ"ד דבכל טענה דנאמן במגו חייב אותה שבו' שהיה צריך לישב' על טענת המגו אם דאורייתא דאורייתא וכולי וכ"כ הראב"ד בס' תמים דעים סי' רי"א עכ"ב :

ה' דין ט' או מסרתי למלוה וכולי כ' הש"ך וכתב ראב"ן דוקא שנים וכולי וכ"כ בהגמ"ר בפ"ק דמציעא והגמ"יי בפ"א מה' שלוחי' בשמו אבל דעת הפוסקים דה"ה בחד שליח דאינו מחוייב ליתנו למלוה בעדים וכו' ככ"ל אבל מדברי ראב"ן עצמו דל"ב משמ' אפי' בעד א' הדין כך וכ"כ בתשו' הגאונים ח"ב שער ו' סי' כ"ט דאין חי' בין שליח א' לשני שלוחי' וראיה מחנוני על פנקסו עב"ב ובש"מ לכתובות ר"פ הכותב הביא תשו' רבי' נחשון דס"ל דוקא ב' אבל א' לא ול"ד לחנוני על פנקסו ומהר"י מטראני חולק עליו עש"ב וכ' ה' כנה"ג בסימן ל"א הגב"י אות ב' בשם הרדב"ז וז"ל אמר לחבירו תן מנה לפ' הגוי שאני חייב לו ונתן לו בלא עדים והגוי אומר שלא קבל והשליח אומר שנתן כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא בשליח ישראל הכא שהלוי' גוי וא"ל סתמו בפי' והוי כאלו אמר ליה בהדיא הב ליה בסהדי לפי שפיהם דבר שוא יש לדיין לעשות פשרה וכו' ע"ש ותשו' הרדב"ז היא בח"ב סי' ת"ה וז"ל אם היה חייב שמעון לראובן מעות הדבר ברור שהוא נאמן בשבו' לומר עשיתי שליחותך ונתתי לו משלם וכו' אבל אם בא שמעון להוציא מראובן מ"ש שנתן לגוי כעובדא דחנוני ופועלים נ"ע הי מני ראובן לעי' קיי"ל כהנך רבוותא דאמרי דוקא פועל וכו' ואע"ג דדעתי הוא דלא נ"ל הכי כנגד הפוסקי' וכו' מ"מ בכ"ד איכא נמי טעמא אחרי' דמ"ל הבית ראיה שאמרו הפוסקים אפילו בגוי דדילמא סתמו כפי' וכו' ע"ש מבואר דס"ל דאם היה השליח חייב ללוה ודאי דנאמן בשבו' שעשה שליחותו ודוקא אם השליח בא להוציא מהלוה מה שאמר שנתן לגוי הוא דאמרינן דילמא בגוי כתמו כפי' והוי כאלו אמר בהדיא הב ליה בסהדי ומספק אין מוציאין ממון מיד המוחזק אבל בתשו' הרשב"ש סי' תל"ט כ' דאם המלוה גוי אין השליח חייב שבו' אלא ח"ס דדברי הגוי כמאן דליתנהו דמי והלוה אינו יודע אם השליח פרע לגוי והו"ל טענת ש' ואין נשבעין עליה דדוקא בישראל מצרפין עמו טענת המלוה שאמר בברי שלא קבל ע"ש ומצאתי להרשב"א בתשו' ח"ג סימן קל"א והובא בב"י סי' ע"ב וסי' קפ"ה וז"ל ראובן מכר משכון לשמעון הסרסור שימשכן אותו וכולי ושמעון טוען שמשכנו ביד הגוי ואותו הגוי מכרו שלא ברשות השו'

תשו' הדין עם הסרסור שאפי' ראובן מודה דשליחת שויה וכו' ואפי' אינו מראהו לו אלא שאומר לגוי פ' משכנתיו נאמן שהוא דהמניה וגר' דאפי' שנו' הישת אין להשביעו כיון שאין הגוי מכחישו דאלו היה הגוי מכחישו היה לריך שבו' כדין חנוני על פנקסו וכו' ע"ש הרי דס"ל דאין חי' בין גוי לישראל דאם הגוי מכחישו לריך השליח לישבע כדין חנוני על פנקסו ואם אין הגוי מכחישו נאמן ואין עליו אלא ח"ס ולא הוי פשיעה במה שמסר לגוי בלא עדים וכ"ש לגבי פירעון דא"ל שיפרע לפ' בשבילו אפי' הוא גוי דאפשר שהיה מכירו ומאמין בו והמבי"ט ח"א סימן רל"ב כ' דאפי' בבעל חוב גוי לריך לפרוע לו בעדי' הוי פשיעה וחייב השליח ומהרשד"ס סימן קכ"ו פשיט"ל דחייב והביאו ה' כנה"ג בסימן כ"ח אות י"ד ע"ש ועיין בס' זרע יעקב סי' ס"ב שכתב דבתשו' מהרשד"ס מבואר דמיירי דבבא להוליא וא"כ בכ"ד שהוא ליפטר פשיטא דאין עליו אלא ח"ס ע"ש וליתא שהרי מהרשד"ס כתב על דברי הטור סימן כ"ח ועוד התם טעמא מאי משום דמלי אמר סבור שאתה סומך על אמונתו ובשלמא בישראל א"ל הכי אבל בא"ה ליכא למי' הכי וכולי ע"ש משמע דס"ל דאפילו ליפטר כמו בסי' כ"ח דוקא בישראל דשייך ה"ע שהוא סומך על אמונתו פטור אבל בגוי דלא שייך ה"ע חייב דאל"כ הול"ל דהתם היינו דוקא ליפטר ולא להוליא וה' משפט לדק חלק א' סימן כ"ב נמשך אחר מהרשד"ס ע"ש :

ו' אבל אם לא עשאו שליח וכו' כ' מהר"יל בתשו' הביאו מרן הב"י עוד תובעית מראובן מנה הוא אומר שלחתי אבל איני יודע ע"י מי וכולי ישבע ויטול ומרן הב"י כ' דנראה דיטול בלא שבוע' כיון דאינו יודע ע"י מי שלח לו והד"מ כ' דאפי' אמר בפי' ששלח עם פ' נוטל בלא שבועה אם אין השליח כאן שאמר שנהנו כיון דאין הלוה יכול לטעון ברי שנפרע המליה וכן פי' הש"ך כוונת מרן הב"י והסכים כן וכן כתב המבי"ט ח"ב סימן ק"מ הביאו הכנה"ג סימן רל"א הגב"י אות י"ד על שמעון שהיה חייב מעות לראובן ושלח לו שיתנם ללוי והוא ישלחם אליו וכן עשה שמעון וכו' ואחר ימים תבע ראובן משמעון שארית החוב והשיב שכל מה שהיה חייב לו מסר ביד לוי ולוי אמר כל מה שמסר לו שמעון שלחתי לראובן ואיני יודע ע"י מי שלחתיו כל לא ידענא פשיטותא וחייב לשלם לראובן אחר שראובן יקבל חרס סתם שלא קבל שום דבר משום אדם אלא מה שהוא מודה ע"ש הרי דס"ל דאפי' טוען ברי שלא ע"י שליח כיון שאינו יודע ע"י מי חייב לשלם וא"ן לישבע רק חרס סתם :

ז' אבל אם לא עשאו שליח וכו' ראובן שנתן לשמעון סחורה למכור וא"ל שתתן מעות פקדון ביד לוי ומת ראובן והיורש מכחיש נאמן שמעון לומר אביך א"ל שאתן ללוי במגו דאי בעי אמ' החזרתי לאביך וחוזר היורש על לוי ואם כופר שלא לקח כלום משמעון נשבע שמעון שעשה שליחותו ונתן ללוי ונשבע לוי שלא לקח ומפסיד היורש הרדב"ז ח"ב סימן ל"ב ע"ש :

ח' ראובן שיש לו פקדון ביד שמעון וראובן בעיר אחרת ומכר את הפקדון ללוי ושלח כת"י לשמעון שיתן הפקדון ללוי שהוא שלו אין לוי יכול לכוף את שמעון ליתן אפי' הכתב יד נתקיים מיהו אם רלה שמעון לתת הפקדון נפטר הוא מראובן הרדב"ז בתשו' ח"ד סימן ב"א קס"ז ע"ש :

ט' והמלוה אומר לא עשיתיו שליח וכולי פי' לא עשיתיו שליח בעדים הרב כנסת הגדולה בשם הרדב"ז עיין שם ותשובות הרדב"ז ח"ב סימן שפ"א שכ' בשליח שעשאו בעדים פליגי אבל בשליח שעשאו בינו לבין עלמו לכ"ע לא הוי שליח תדע שהרי כ' הטור וישבע המלוה שבועה חמורה שלא קבלם ויגבה חובו וא"א נשבע כמי שלא עשאו שליח עש"ב והוכיח דאפי' מודה המלוה שעשאו שליח לא הוי שליח אא"כ עשאו בעדים עש"ב ולא זכר הכנה"ג דהסמ"ע חולק בסק"ה דאם מודה המלו' שעשאו שליח אפילו בלא עדים הוי שליח ובפרישה הביא ראיה מדברי התו' בפ' הגוזל שכ' וז"ל ואי דלא עשאו בעדים מנא ידעינן היכי מסר ליה משאיל כיון דלא ידע וכולי למה הולרכו התוס' לפ' כן אלא דק"ל אימא דמודה השואל דעשאו שליח בינו לבינו ופטור כיון דלא טרח ואוקמי' בעדים לכך פי' היכי מסר ליה משאיל דלא ידע שיודה לו השואל עיין שם ודבריו תמוהים דאדרב' מוכח דשליח בעדים בעי' וא"כ מאי פריך לר"ח אימא דמתני' במודה השואל שעשאו השליח בינו לבינו ומ"ה דפטור דלא הוי שליח אבל עשאו שליח בעדים הוי שליח וחייב השואל לכך פי' היכי מסר ליה משאיל וכולי וכן ראיתי להרשב"א בס' א"ז שם וז"ל וק"ל דילמא דמוד' שהוא שלוחו וכו' דהא טעמא שעשאו בעדים משום דכל דטרח דליקו ברשותיה וכל שלא עשאו בעדים גברא מהימן הוא דקאמ' ולא דליקו ברשותיה וי"ל דשלחה ביד שלוחו הידוע עכשיו שהוא שלוחו קאמר ולא שימלא אח"ך וכולי עש"ב הרי בהדיא דשליח בעדים בעי' וכדאמרי' התם טעמא להכי טרחי' ואוקמי' בעדים דליקו ברשותי' עיין שם וכן כ' ה' גדולי תרומה בשער כ' ח"ג סי' ג' ויישב לשון בעה"ת שם :

י"ד ישבע השליח וכולי כ' מהרש"ל בפ' הגוזל סימן ל"ח תשו' א' ראובן שהלוה לשמעון מעות על בתי נפש וכולי והש"ך תמה לפ' מדין זה לוה ששלח מעותיו למלוה והשליח אומר נתתי והמלוה אומר לא קבלתי דהלוה לריך לשלם למלוה והשליח ישבע ללוה אלמא אע"ג דליכא דררא דממונא למלוה דהלוה לריך לשלם לו אפ"ה לריך השליח לישבע עיין שם ונראה דלק"מ דהכא לריך השליח לישבע ללוה שהוא הפסיד ואיכא דררא דממונא ואם הלוה פוטר את השליח משבועה אינו נשבע למלוה משום דלמלוה ליכא דררא דממונא וכן השליח אינו יכול להשביע למלוה מה"ט דליכא דררא דממונא דהוא לא מפסיד מידי כמבואר בדברי מהרש"ל שם וה"כ אין ראובן המלוה יכול להשביע את שמעון כיון דליכא דררא דממונא ולוי הנפקד ודאי אינו יכול להשביע אבל ראיתי למהר"י הלוי אחי הט"ז בתשו' סימן י"ט שהוכיח דאם המלוה תבע לשליח ישב' השליח וכ"ש אם השליח תוב' למלוה שישב' המלו' מיהו אם המלוה כבר נשב' ללוה ויכול להוליא חובו מהלוה לדעת מהרא"י בת"ה סימן ש"ח אינו יכול להשביע לשליח אח"ך עיין שם באורך :

י"א אמר לחבירו תן מנה לפ' גוי שאני חייב לו ונתן לו בלא עדים והגוי אומר שלא קבל והשליח אומר שנתן כיון דאיכא פלוגתא כשהלוה ישראל הכא שהלוה גוי וא"ל סתמו כפי' והוי כאלו אמר בהדיא הב ליה בסהדי לפי שפיהם דבר שוא יש לדיין לעשות פשרה וכולי הכנה"ג בסימן ל"א הגב"י אות ב' בשם הרדב"ז עיין שם ותשו' הרדב"ז היא בח"ב סימן ת"ה וז"ל אם היה חייב שמעון לראוב' מעות הדבר ברור שהוא נאמן בשבועה לומר עשיתי שליחותך ונתתי לו משלם וכו' אבל אם בא שמעון להוליא מראובן מ"ש שנתן לגוי כעובדא דחנוני ופועלים ל"ע אם מלי ראובן לומר קי"ל כהנך רבותא

דבוותא דאמרי דדוקא פועל וכו' ואע"ג דדעתי הוא דלמ"ל הכי כנגד הפוסקים וכולי מ"מ בנ"ד איכא טעם אחר דמ"ל הביא ראיה שאמרו הפוסקים אפילו בגוי דדילמא שתמו כפי' וכולי עיין שם מבואר דס"ל דאם היה השליח חייב ללוה ודאי דנאמן בשבועה שעשה שליחותו ודוקא אם השליח בא להוציא מה שאומר שנתן לגוי הוא דאמרינן דילמא בגוי שתמו כפי' והוי כאלו אמר בהדיא הב ליה בסהדי ומספק אין מוציאין מיד המוחזק אבל בתשו' אחרת בסי' רל"ג על ראובן ששכר את שמעון לגבות לו מכס מהגוים ולא קבל עליו שמעון שום אחריות וכו' כ' וז"ל אבל מה שאומרי' הגוים שנתנו לשמעון והוא כופר בהם ואומר שהוא עלילה הכל הוא על שמעון ול"ד להאי דחנוני ופועלים שהחנוני נשבע שנתן והפועלים נשבעי' שלא נטלו ונוטלי' מב"ה דבשלמא התם שניהם אומרים ישראלים ונאמנים בשבועה מתקנ' אבל הכא איכא יד גוי באמלע ומ"ל ראובן גוי לא מהימן ליה בשבועה וכולי וא"ת בשלמא התם שניהם באין להוציא מבע"ה אבל בנ"ד בע"ה בא להוציא מהשכיר ל"ק דבע"ה לא בא להוציא אלא מן הגוי' והגוי' חוזרי' על שמעון ותו אפי' נאמר דשמ' קושט' קאמר שהעלילו עליו הגוים איהו דאפסיד אנפשיה שלא נוג' עמהם בעדים או בכת"י ואין לך פשיעה גדולה מזו וכולי עד כאן לשונו :

י"ב שהשליח אינו נאמן וכו' ואם יש עד אחד שמסייע לשליח שראה שנתנו למלוה פוטר השליח משבו' ואם כן השליח נאמן להעיד והוו ב' עדים לפטור את הלוה וכן כתב מהרש"ג בתשובות בש' משפטים ישרים סימן ע"ז עיין שם והרב כנה"ג בתשו' ח"ב סימן ח' עיין שם באורך מיהו קשה דאם כן אמאי לא קאמר בפרק שבו' העדות הכל מודים בכה"ג דהלוה השבי' לאותו עד שיעיד לו ולא העיד דחייב שהרי אם העיד היה פוטרו או נוטל משכונו מיד המלוה בלא שבו' כנדון מהרש"ג ואם כן הפסידו ועיין מה שכתבתי בסימן ע"ה דין י"ג :

י"ג שהשליח אינו נאמן לפי שהוא נוג' בעדות וכו' אפילו מודה הלוה שקבל הממון אלא שאמר לפקדון נתנו לי ונאנסו והעדים אומרים לשם פירעון נתנו אין נאמנים דהוו נוגעי' בעדותם דא"ל המשלח שינו השליחות וחייבים הם לשלם הרב כנסת הגדולה הגה"ט אות ל"ד ובתשובות חלק שני סימן ח' עיין שם אבל הריטב"א בחי' שם כתב דאם אמר המלוה שקלתי' מנייהו נינהו סטראי נינהו או מתנה הוו מהימני שלוחים לומר דלאו סטראי הוו אלא פירעון וכן כל כיולא בזה עכ"ל ונראה כיון שיש עדים שנתנו לו בתורת פירעון אינו נאמן לו' סטראי נינהו כמבו' בסימן כ"ח אבל בטען מתנה אם נאמנים העדים לומר לפירעון נתנו לו נראה שזה תלוי במ"ש סימן קפ"ב בשליח שעבר על דעת משלחו והשליח אומר שלא עבר על דעת משלחו אם נאמן או לא דהוי נוגע בעדות כי היכי דלא ליהוי למשלח עליו תרעומת שעבר על דברי משלחו והרב כנה"ג שם כתב דמסתברא דאין השליח נאמן ונראה שתלוי במחלוק' שכ' מרן הב"י סימן ל"ז דהטור סבירא ליה דפסול להעיד משו' חשש תרעומת אבל הב"ח והש"ך ושאר אחרונים הסכימו דאין נפסל לעדות בכך עיין שם והכא נמי לא נפסל השליח לעדות משום חשש תרעומת שעבר ע"ד משלחו ואם כן אם יאמרו השלוחים שנתנו לפירעון ולא למתנה נאמנים דאין נוגעים בעדות דאם יאמרו לשם מתנ' כיון שעברו על דברי המשלח בטל השליחות והוזר המשלח ומוציא מהמלוה וראיתי להדרישה בסימן כ"ח שכתב גבי שליח שלא לקח השטר דחייב השליח אם אמר לו לקח השטר שכת' בשם מהרש"ל וז"ל פי' שהוא מודה לו אבל אם הביא זה עדים שכך א"ל א"כ חוזר על המלוה ומוציא ממנו שבגזיל' בא לידו אם לא שהמלוה הוציאם ואין לו לשלם שאז משל' השליח וכולי ר"ל דאיירי שלא היו לו עדים בדבר אלא שהשליח מודה לו ומשום הכי הוא חייב לשלם מכיסו ואינו יכול הלוה לחזור ולהוציא מיד המלוה מה שנתן לו השלי' כי הוא אמר לו מאן יימר דמעלי בשליחות ומהאי טעמ' גם השליח בעצמו אינו יכול להוציא מידו דהמלוה אבל אם יש עדים בדבר שא"ל כן אם כן הוא מעל בשליחותו ואינו שליח של המשלח והמעות בגזילה באו לידו וצריך לחזור וליתנם לו וכולי אבל אם אין עדים יכול המלוה לומר קנוניא אתם עושים עלי וכולי עכ"ל ולכאורה זה כדעת הראב"ד והטור סימן קפ"ה דס"ל דאפילו הסרסור מודה שעבר ע"ד משלחו הלוקח אינו מחזיר שמא קנוניא עשו וה"נ אפילו הוא מודה שא"ל ליקח השטר ומעל בשליחותו אין יכול להוציא מהמלוה אא"כ יש עדים בדבר אבל לדעת הרמב"ם שם דס"ל דלעולם יחזיר לבעלים ה"נ אמאי אין מוציאין מהלוה ודוחק לומר דמיירי דוקא שהמלוה הוליאם ואין לו מה לשלם דהשליח חייב והטור כ' אם המשלח הלך עם השליח ועמד מרחוק וראה שעשה שליח שליחותו וכולי ואם הם ב' הם עדים ופטור הלוה וכולי ותמה מרן הב"י דבשלמא כשהוא שליח דין הוא שהלוה נאמן לומר שעשה שליח שליחותו לחייב למלוה שבו' דאוריי' אבל כשהם ב' היאך נאמן הלוה לו' שראה שעשו שליחותם ומשוי להו עדים על פיו להפקיע מעות דמלוה עיין שם ולכאורה דה"ד לדעת הראב"ד והטור דס"ל דאפי' הסרסור מודה אינו נאמן דיכול הלוקח לומר קנוניא הם עושים וה"נ אפילו הלוה אומר שעשו שליחותם אינו נאמן שמא עשו קנוניא על המלוה אבל לדעת הרמב"ם לק"מ :

י"ד ואם אין השליח צריך לישבע וכו' ראובן ששלח לשמעון שיבנה לו חורבתו וטען שמעון אתה שלחת אלי שאבנה לך ותן לי שכרי אם יש עדים ששלחו ודאי דחייב ואם אין עדים ואין השליח לפנינו פטור אפי' משבועה כיון ששמעון טוען שמא ומחרימים סתם ואם השליח לפנינו ואמר שלחני נשב' שבו' דאורייתא להכחיש העד כיון שהשליח אינו נוגע בעדות ואף ששמעון טוען שמא שאינו יודע אלא ע"פ השליח דעת רוב הפוסקים דנשב' שבו' דאורייתא דכל מקום דב' מחייבי' אותו ממון ע"א מחייבו שבו' ואם עשאו שליח בפני עד א' מלטרפין העד והשליח לחייבו ממון הרדב"ז ח"ב סימן ר"ח וע"ש ועיין בסי' ע"ה דין כ"ג :

ט"ו ומזקיק למלוה שבו' דאורייתא וכולי אע"פ שאין הלוה יודע אם פרעו השליח טוען ש' ע"פ העד נמי משביעו שבו' דאוריית' כמבואר בסימן ע"ה וכתב הסמ"ע דאינו מחייבו שבו' דאורייתא מיד דאין עד א' מחייבו שבו' דאוריית' אלא ליפטר ולא ליטול אלא שיפרענו בפני העד ועוד עד אחר עמו ואח"ך יתבענו על מה שנתן לו תחילה בע"א ואז ילטרך ליש' שבו' דאורייתא לפטור וכ"כ הש"ך ע"ש ונר' דאם תפס המלוה מעות ועד א' מעיד שהוא כבר פרוע ודאי דלריך ליש' שבו' דאורייתא להכחיש העד וכן המלוה על המשכון ועד א' מעיד שהוא פרו' ותב' הלוה משכונו כיון שהם דנים על המשכון להחזירו הו"ל מלריך ליש' המלו' ליש' שבו' דאורייתא כמו שכ' בסי' פ"ד ע"ש :

ט"ז ראובן שקנה חפץ משמעון ואמר לו שהוא ללוי והוא יפרע לך המעות כשהלך שמעון ללוי אם כפר שלא עשאו לראובן שליח נשב' לוי שבוע' דאורייתא שאין השליח נוגע בעדות והו"ל כעד א' סו"ת בשמים ראש סי' רס"ו ע"ש הטעם :

י"ז דין י"א הג"ה ואם אמר אצל פלוני והוא כופר חייב לשלם וכולי מרן הב"י בסימן קפ"ה בשם הר"ן כ' וז"ל וגדולה מזו כתב הרי"ף בתשו' שאפי' אמר משכנתם אצל פלוני וכפר בו פשיעה הוי שהי"ל למשכנם אצלו בעדים והר"ן כ' שאינו מחוור שאין נראה להוציא ממון ע"פ זה כיון דלא א"ל משכנם אצלו בעדים והוא מסופק אם כ"כ הרי"ף וכולי וכתב הכנה"ג שם הגב"י אות י"ג הב"י בש' הקצר לא כתב זה וכ' הסמ"ע דהשמטת סופר היא ולי נר' דהשמט' רבי' המחבר גופיה היא דמפני שראה הר"ן חולק על זה והשמיטו דבפלוגתא לא מיירי ומה גם דהרשב"א קאי כוותיה דהר"ן ע"ש ותשו' הרשב"א בב"י שם בנושכן ביד גוי ומכרו שלא ברשות וכולי כ' ואפילו אינו מראהו לו אלא שאמר לגוי פ' משכנתיו נאמן שהוא האמינו וכולי וכ' ה' כנה"ג אות ע"ו דמיירי שאמר שימשכנו ביד גוי או ביד ישראל ומ"כ הגה כ' ואין נ"ל כן ע"ש וא"כ לדעתו דאפילו לא א"ל שימשכנו ביד גוי סובר הרשב"א כהר"ן אבל לדעת מ"ך דהרשב"א מיירי שא"ל שימשכנו ביד גוי כהרי"ף אבל אם לא א"ל שימשכנם ביד גוי הוי פשיעה א"כ סובר כהרי"ף דבא"ל משכנם ביד הגוי מודה הרי"ף כיון שהאמינו כמבואר בדברי הר"ן והנ"י בפרק המפקיד ע"ש מיהו תשו' הרשב"א היא בח"ג סי' קל"א ומיירי שלא הזכיר גוי אלא משכן סתם ולא האמינו ע"ש א"כ ס"ל כהר"ן דאפי' גוי כיון שא"ל למשכנם סתם ולא הזכיר לו עדים לא הוי פושע לכן מרן בש' הקצר השמיט דין זה משום דהרשב"א והר"ן פליגי וס"ל דכל שלא הזכיר לו עדים לא פושע והר"ן מסופק אם כ"כ הרי"ף וכו' אבל מדכ' מרן בסימן קפ"ה ואם א"ל משכנם ביד פ' וכן עשה ואח"ך כפר בו אותו פ' פטור הסרסור ע"ש משמע דוקא אם א"ל משכנם ביד פ' אבל א"ל משכנם סתם והסרסור משכנם בלא עדים חייב הסרסור :

י"ח דין י"ב ישלם שמעון אחר שישבע המלוה בנק"ח וכו' הטור חלק בזה דאיך נשבע זה ויטול אלא כיון ששלח שלוחו להביא שלו והלוה אומר שנתן לו הכל והמלוה אומר שלא נתן לו אלא חציו ישבע הלוה ויפטר ע"ש בב"י כ' הרשב"ש בתשו' סי' תל"ט דאם המלוה הוא גוי מודה הטור משום דהגוי אין לו שליחות לא איהו לדידן ולא אנן לדידהו וא"כ הו"ל זה השליח שלוחו של הלוה וכאלו לא שלחו הגוי דמי ודין הלוה עם המלוה הגוי והשליח א"ן לישבע אפי' היסת וטענת הגוי כמאן דליתא והלוה אין לו ידיעה שזה השליח לא הגיע המעות ליד המלוה ושמא הגוי קבלם והו"ל טענת הלוה שמא ואין משביעין על טענת שמא דדוקא בישראל מצרפין טענת הלוה עם המלוה ומשביעין אותו עמ"ב :

סימן קכ"ב

א' דין א' הג"ה מיהו אם ידוע שמת וכו' עיין בתשו' הרי"ף סימן ל"ב :

ב' דין ב' פטור הנתבע עיין בתשובות מהר"י ן' מיגש סימן כ' :

ג' דין ג' מי שהרשה לא' ורצה לבטל וכולי עיין בתשובות מהר"י ן' הרא"ש סימן ר' :

ד' ורצה לבטל הרשאה וכולי אפי' כתוב בהרשאה שלא יוכל לבטל הרשאה אינו כלום דקנין דברים הוא ה' בית דוד בסי' ק"ך ע"ש וכ"כ הרשב"ש סימן של"ד ע"ש נראה דאפי' כתב לו בהרשאה שהקנה לו הממון אג"ק יכול לבטל ואע"ג דכשמת לא בטלה הרשאה כשהקנה לו אג"מ מ"מ יכול לבטל וכולי הס"ך ונר' לכאורה דכשמת לא בטילה ממילא אבל אם היורש רצה לבטל רשאי דיורש כח מורישו שיכול למחות ולחזור מדכ' הטור א"ה סימן ל' גבי בעל שמכר כ"מ דאינו יכול לבטל אלא האשה ואם מתה ולא בטלה או הבעל ירש כחה ויכול לבטל' כמו שהיא היתה מבטלת אם היתה חיה ע"ש וה"נ דכוותה ואע"פ שהראב"ד בס' תמים דעים סי' ס"א כ' וז"ל בטענת חזרה לא מדאמרי' חזקת שליח עושה שליחותו ה"נ אמרי' חזק' בע"ה מעמידו בשליחותו ול"מ האיך למי' ליה דילמא הדר וכו' תדע שהרי הולך מנה לפ' במתנה קי"ל דהולך לאו כזכי ואי בעי למהדר ביה מלי הדר ביה ואפ"ה מסתמא אזיל שליח ויהב ליה למקבל מתנה ולא חיים לחזרה אלמא מסתמא מוקמי' ליה לבע"ה עומד בדיבורו ע"ש וא"כ הוי מילתא דלא שכיחא שיחזור וקי"ל דאין טוענים ליורשים טענה דלא שכיחא וכה"ג כ' הרדב"ז ח"ג סימן תק"ו דדבר שיכול לחזור בו אם מת טועני' ליורשים מה שהיה אביהם יכול לחזור אלא אם היא טענה דלא שכיחא דלא טעני' ע"ש ולדעת הראב"ד דלא חיישי' לחזרה משום דמסתמא בע"ה עומד בדיבורו נראה דטענה דלא שכיחא מיקרי ולא טעני' ליורשי' מיהו בסי' קכ"ה קי"ל דהולך מנה לפ' במתנה דאם מת הנותן קודם יתן השליח ליורשי מקבל משום דמלוה לקיים דברי המת ע"ש והתוס' בר"פ אע"פ בד"ה שאם וכו' כ' וז"ל וא"ת הואיל ולא הוה מורשה אלא להיות שליח אם מת המורשה קודם שיגיע ליד המורשה פקע שליחותו שיכולים יתומי' לתבוע מן הנפקד והתם משמע דאין יכולים וי"ל כיון דאם היה הנפקד בא לפני ב"ד היו אומרים לו לתת ליד המורשה שהרי יש להחזיק המרשה בחזק' חי אע"ג דאיגלאי מילתא לבסוף דמת המרשה קודם שהגיע הפקדון ליד המורשה אין יכולים לתבוע מן הנפקד כלום שהרי ברשות ב"ד נתנם עכ"ל מבואר דדוקא (א"ה עכ"מ) :

ה' ואם בטל שליחותו הוא הפסיד וכולי והריטב"א בחי' לקידושין ר"פ האומר כת' דאם בטל ולא ידע לוה ופרעו אי ליכא פסידא דיכול לפרוע מן המורשה ולפרוע למלוה אין במעשיו כלום אבל אי איכא פסידא כגון שהעני המורשה אין למלוה עליו כלום וכולי וכ"כ הרנ"ה וכן דעת מור"י נר"ו ע"ש :

ו' דין ז' הרשאה וכולי כ' בעל התרומות שער בשם הרי"ף שאם הרשהו למכור שדהו או מטלטלי' א"ן לדא"ק ולדון ולזכי וכולי שהרי מינהו שליח וא"ל מכור אותו וכולי ונרא' דר"ל דלהוציא מיד אחרים הוא דצריך קנין אג"ק וכו' וכ"כ הרשב"ש בסי' רל"ה שהרשאה אינה אלא להוציא מה שהוא ברשות אחרים ולכך צריך להקנות באג"ב וצריך קנין כדי שיקנה הקרקע שנתן לו או מכר לו שעל גבו נקנו לו אבל שליחות למכור או לקנות א"ן לא קנין ולא באג"ב אלא בדבור הקל לומר לך מכור או קנה דאין הקנין מעכב אע"פ שנהגו לקנו' כמ"ש הרמב"ם ע"ש והר' עדות ביעקב סימן קל"ו הק' על מהר"ש דס"ל דקני ע"מ להקנות לא קנה שמעשים בכל יום דראובן עומד במקום א' וכותב הרשאה לחבירו שבמקום

שבמקום אחר למכור לו קרקעות ולפעמים המרשה מוכ' שוה מאתים במנה ולדברי מהר"ם אינו אלא שליח ושלי' שטעה חוזר עכ"ב ולק"מ דכה"ג אם לא כתב ליה שלא יוכל לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי אם טעה חוזר כדין שליח שטעה וכ"כ הרשב"ש בתשו' שם דבהרשאה למכור אם השליח טעה בטל המקח אא"כ כתב לו ולא יכילנא למימר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ולכאורה נראה דהוא ס"ל כמ"ד דקני ע"מ להקנות לא קנה וא"כ אפי' קנו מידו אם השליח טעה חוזר אבל לדידן דקי"ל כמ"ד דקני ע"מ להקנות קנה אפילו השליח טעה אינו חוזר דקני ע"מ להקנות הוא :

ז' הרשאה וכולי כתב בעה"ת בשם הרי"ף שאם הרשהו למכור שדהו או מטלטלי' א"צ לדא"ק ולדון וזכי וכו' שהרי מינהו שליח וא"ל מכו' אותו וכולי ונרא' דר"ל דלהוציא מיד אחרים הוא דצריך קנין אג"ק וכו' כמ"ש הרא"ש בתשו' הביאה הטור בסי' ע"ג וז"ל דבר פשוט הוא אם אמר אדם לחבירו מכור חפץ זה וטול הדמים ומכרו שא"צ קנין לדבר זה שלא הוזכר הקנין אלא לקיים הממכר או מתנה או שכירות אבל כשאדם מלוה לחבירו לעשות דבר ועושה צווי א"צ קנין עכ"ל והרשב"ש סימן רל"ה כ' שהרשאה אינה אלא להוציא מה שהוא ברשות אחרים וכו' אבל שליחות למכור או לקנות א"צ קנין ולא אגב אלא בדבור הקל לומ' לך מכור או קנה וכולי הילכך בשליחות אם א"ל אני מניחך שליח צריך לברר אם וכולי ואם לא ברר אם מכר הקרקע יכול לומ' לו המשלח אני לא שלחתיך אלא לקנות וכולי ולא למכור וכ"ש דאינו נופל אלא הוצאת ממון מיד אחרים שדבר ברור וכו' דודאי לא הרשהו למכור ואפי' א"ל בין לתקן בין לעוות לא מהני אלא אם הרשהו וכולי עכ"ב ומדברי הרמב"ם בפ"ג מהל' שלוחין והטור סימן קכ"ג שכת' וז"ל הבא בהרשאה שמחל או שמכר לו וכולי לא עשה כלום שזה א"ל לתקוני שלחתיך ולא לעוות לפיכך אם התנה עמו בין לתקן בין לעוות אפי' מחל על הכל מחול ע"ש משמע דאפילו לא הרשהו בפי' על המכירה אם התנה עמו בין לתקן בין לעוות ומכר לו מעשיו קיימים ודוחק לומ' בהרשהו בפי' על המכיר' דא"כ ע"כ דטעה ומכר שוה מאתים במנה דאל"כ מאי א"ל לתקן שלחתי' ולא לעוות ולשון הרמב"ם והטור משמע דאפילו מכר בשווי לא עשה כלום וגם בסתם הרשאה איירי ונראה דקרק' או מטלטלין שהם ברשות בעליו אם לא הרשהו על המכיר' אינו יכול למכור אבל אם הרשהו להוציא מטלטלי' מיד אחרים והתנה עמו בין לתקן בין לעוות יכול למכור לו מטלטלי' שהם ברשות הנתבע ושו"ר לה' כנה"ג בתשו' סי' ע"ז שכ' דה"ד לגבי נתב' עצמו אבל לגבי אחרים לא דכי היכי דלענין מחילה אינו אלא לגבי הנתב' ה"ג לענין מכיר' אינו אלא לגבי הנתב' ולא לגבי אחרים משום דלפעמים מתפשר הנתבע עם המורשה בתנאי שימכרנה לו ויתן לו דמיו ולכך נותן לו המורשה רשות כולל אפילו למכור משא"כ לגבי אחרים ע"ש :

ח' כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סימן כ"ג בא' שנתן מתנה לחבירו על תנאי שלא יוכל למוכרה או לתתה לאחר מסתברא דיכול להרשות א' עליה דאע"ג דא"ל זיל דון ואפיק לנפשך לא הוי מתנה אלא שליחות ע"ש וכו' דאע"ג דלא הוי שליח גמור אלא דוקא לענין שלא יוכל לעכבם ולכך יכול להרשות לגוי כמ"ש הטור בסי' קכ"ג מ"מ ודאי דלא הוי מתנה ובתנאי דשלא יוכל ליתן יכול להרשות :

ט' דין ח' ואם יש פירות בקרק' וכו' אין חי' בין קרק' למטלטל' ומעות בכל שיש לו זכות כגון מטלטלין וכספים שיקנה בהם קרק' א"צ הרשאה והקרק' שאין לבעל בו פירות כגון הנותן מתנה לאשתו שאין הבעל אוכל פירות או כגון הנותן מתנה לאשה וא"ל ע"מ שאין לך בהם אלא מה שאת נושאת ונותנת לתוך פיך כיון שאין לבעל אוכל פירות צריך הרשאה הרשב"ש סי' תק"ג וסי' תק"ד ע"ש ועיין בהש"ך ס"ק ל"ג :

י"ד ואין צריך הרשאה בתשו' הרשב"א ח"ב סימן רל"ט מבואר דה"ד ברשות האשה אבל בע"כ מה שעשה בגוף הנכסים אינו כלום אבל על הפירות שהם שלו אם נתחייב עליה' בב"ד הדין קיים וזכה בהם בע"ד בכל הפירות כל ימי חייו ואם מתה היא בחייו אוכל זה הפירות לעולם עיין שם ועיין בתשו' הרשב"ש בסימן תר"ז :

י"א דין ט' ואם יצא חייב אין השותף וכולי כ"ל דה"ה לבעל בנכסי אשתו הרשב"א בתשו' ח"ד סימן רי"ד עיין שם וכ"כ בחי' לכתובות פרק מי שהיה נשוי הביאו ר' ירוחם נתיב כ"ג ח"ד עיין שם וכ' המבי"ט ח"ב סי' קכ"ב דה"ה אם דנה האשה על הקרן ועל הפירות והבעל היה בעיר אינו יכול לבטל מה שטענה היא שהרי הם כשני שותפי' ע"ש ועיין בה' פרח מטה אהרן ח"ב סימן מ"ו והר' נתיבות משפט דקמ"א השיב עליו עכ"ב :

י"ב לפיכך יש לנתב' וכולי כ' הסמ"ג דאם ישנו בעיר צריכי' שניהם לבא וכתב הב"ח דהדין אמת ואין חולק עליו והש"ך תמה עליו דודאי הרמב"ם והטור פליגי על הסמ"ג והכנה"ג בתשו' חלק ב' סי' ע"ז כ' דהב"ח מודה בזה עכ"ב :

סימן קכ"ג

א' דין א' וצריך לקנות לו אגב קרק' וכו' הטור כ' בשם הרמ"ה דאין צריך להקנות לו אגב קרק' כיון דלאו לאקנויי ליה גופא דממונא מכוין וכו' וכ'. הרב פליטת בית יהודה סימן כ"א דסבירא ליה דגם במעות אין צריך קנין אגב קרק' וא"ת ואם כן אמאי הצריך ר' אבא להקנות אגב קרק' בקנין סודר סגי ויש לו' דהתם לא איירי בפקדון ולא בהלואה דלהוצאה ניתנה וכו' מסי' זוזי וכיון דאין המעות בעין אין כותבין הרשאה אלא צריך להקנות לו אגב קרק' והרמ"ה איירי בפקדון דאפי' במעו' אין צריך קנין אגב קרק' עיין שם וליתא דמדברי הטור סימן קכ"ו ס"ט בשם הרמ"ה משמ' דלא שייך להקנות מלוה אלא במעמד שלשתן עיין שם וכן כ' הרמ"ה בפ' הספינה סימן ל"א וז"ל ושמעינן נמי דמטב' לא מיקני בחליפין ואגב קרק' מיקרי ודוקא בפקדון אבל במלוה לא מיקני בבריא אלא במעמד שלשתן ומעשה דרב פפא בפקדון הוא וכו' וכן הוכיח בפרק מי שמת סימן פ"ו עיין שם הרי דסבירא ליה דמלוה לא מקניא באג"ק :

ב' הרשהו על הקרק' לא יכתוב אגב קרק' דאין קרק' נקנה אגב קרק' מהריט"ץ סימן רי"ח עיין שם ונראה דאם כתב בהרשאה על הקרק' אגב קרק' אינה בטלה לפי מ"ש המבי"ט סי' רמ"ט דאם אמ' גם כן שיזכה ויחזיק וכולי קנה דתחזיק לשון מתנה הוא ע"ש וכי האי גוונא כתב מרן בתשובו' בס' אבקת רוכל סימן ל"ח עיין שם והכא נמי שכתב בהרשאה דון וזכי וכו' שהוא לשון מתנה קנה כמ"ש הראב"ד בספר תמים

דעים

דעים סי' ס"א דף י"ב ע"ג ע"ש ועיין מ"ש בסי' רמ"א בדין י"ב :

ג' אבל על מלוה ע"פ וכו' עיין בהסמ"ע סק"ה וז' וז"ל הרשב"א בתשו' ח"ג סימן קל"ט אבל מלוה על פה שאינו יכול להקנותו אין כותבין וכו' אלא אם כן הם מעות פקדון בעין והוא שכתב לו הרשאה אג"מ וכו' אבל הגאונים וכן ר"ח כתב דעכשיו כותבין הרשאה על הכל מן התקנה כדי שלא יהא כל אחד ואחד תופס מעו' חבירו ויושב במ"ה עכ"ל הרי בהדיא דאפילו על מלוה על פה כותבין מה"ט שלא יהא כל א' וא' וכו' :

ד' דין ה' הבא בהרשאה שמחל וכו' אם אין ההרשאה לפניו ואין ידו' אם כתב בין לתקוני וכו' מדכתב הטור בסימן קפ"ב גבי שליח וז"ל טעה וקנה ביותר אפילו בכל שהוא המקח בטל וכו' שיאמר לתקוני שדרתיך וכו' וכתב הרמ"ה כל זמן שלא יברר המשלח שעשאו שליח לקנות לו סתם יכול המוכר לומר שהתנה עמו בין לתקן בין לעוות והמוציא מחבירו עליו הראיה מיהו א"ל דה"ד במקח וממכר דעשוי להיות טעות ואונאה ולכך מתנ' עם השליח בין לתקן בין לעוות שלא לבטל שליחותו ולכך יכול שהתנה עמו וכו' אבל בשליח לגבות חוב ולא לפש' ולמחול בשל אחרים מהרח"ש ח"ב סימן כ"ז ע"ש :

ה' הבא בהרשאה שמחל וכו' אם הרשאה כתוב בה מינה אותו מורשה גמור אם דרשי' ל' יתיר' כיון שכתב שמינה אותו אגב דא"ק וכו' מה צ"ל מורש' גמור והוי מילתא יתירא לעפויי מחילה מצד הל' בין לגבו' בין למחול וכתב מהרח"ש חלק א' סימן פ"א דאי משום לש' יתיר' דכיון שכתב שמנו אותו אגב דא"ק בקנין וכו' מה צ"ל מורשה גמור הרי כתב הרשב"א בתשו' דאין לנו לדון ל' יתירא אלא היכא דאתמר וכו' עיין שם באורך וכו' דה"ד להוציא ממון אבל להחזיק ממון דרשינן לישנא יתירא כמ"ש הרדב"ז בתשו' ח"ג סימן תקי"ח וכן כתב בשאלות ותשובות נודע ביהודה ח"מ סימן ג' דלהוציא ממון מיד המוחזק ודאי דלא דרשינן לישנא יתירא כמ"ש הרשב"א אבל לזכות את המוחזק דרשינן ליה שהרי הרשב"א לא הכריע דודאי לא דרשינן ליה לישנא יתירא אלא אמר שאין לנו לדמות וכו' וכן חילק מהרימ"ט חלק א' סוף סימן ק"ך ומוהרי"א סימן ז' עיין שם מיהו דכל ספק במחילה הוי כאומר הלויתני ואיני יוד' אם פרעתיך דחייב וכבר כתבתי בסימן ע"ה דין ט' תשובת מהריב"ל ומהרא"ד"ב דסבי"ל דבכל ספק דמי להלויתני ואיני יוד' אם פרעתיך :

ו' לפיכך אם התנה עמו בין לתקן בין לעוות וכו' היינו גבי ומעתה תהא ידו כידי וכו' שם הוסיף וכתב לו כך ועשייתו כעשייתי בין לתקן בין לעוו' התם הוא דמהני זה שיכול אפילו למחול כל החוב אבל אם כתב גבי וכל מה דמתענה לך מן וכו' כתב ל' זה בין לתקן בין לעוות לא מהני לשיכול למחול הרב צמח צדק סימן קכ"ב עיי"ש :

ז' ראובן שהיה חייב לו שמעון במ"ה והרשה את לוי ומסר בידו את השטר חוב לגבות משמעון והלך ואחר כך מת לוי המורשה והלך ראובן למקום שהו' לשמעון ומצא ברשות לוי המורשה השטר חוב כתוב מקצת פירעון ע"ג ותב' את שמ' וכפר ואמר שפר' את הכל והניח השטר ביד לוי המורש' נראה דדינו כיורש שהניח לו מורישו שטר חוב דנשב' שלא פקדנו וכו' וגובה והא דקי"ל בסימן כ"ט מלוה שהוציא שטר חוב מקויים וטען הלוה שהוא פרוע והמלוה אומר איני יוד' אינו גובה וכו' כבר כתב בעה"ת שער כ"ג שאינו דומה האב ליורשים הקילו חכמים עליהם לישב' ולגבות מפני שהיו אנוסים ולא פשעו בדבר ולא היה ליה לדקדק אבל שהיה פוש' דהיה ליה למידק וכו' וזה טענתו ברי וזה בא בטענת שמא יש לנו לומר אוקי ממונא בחזקת מריה ואיתר' שטרא ואינו גוב' כלל עכ"ל ואם כן הכא נמי דומה ליורשים דלא היה לי' ליד' מה פר' שמ' למורשה ובריש פרק הפרה דאמרינן דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא המוציא מחבירו עליו הראיה כתבו התוספות וז"ל ואם תאמר והא מחוייב שבו' ואינו יכול לישב' הוא וכולי ועוד אמר ר"י דל"ד דהא טעמא דמחוייב שבו' ואינו יכול לישב' משלם מפר' כל הנשבעין משום דכתיב שבו' ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ומפ' כגון שאמר ליה מנה לאבא ביד אביך ואמר ליה חמשים ידענא וחמשים לא ידענא דבאבוה כי האי גוונא מחייב וע"כ צריך לומר טעם למה בא"ב חייב וביורשים פטור וכולי אלא ה"ט דבא"ב חייב לא ידענא דהיה לו ליד' אם חייב לו מנה אם לאו אבל יורשיו לא היה להם לידע במילי דאבוהון ומה"ט אפשר לומר נמי בשמעתין שאין לו ליד' אם נשגנחה ילדה או קודם וכו' עכ"ל והסמ"ג בעשין ל"ה הביא דברי ר"י עיין שם וכן כתב הג"א שם וכן כתב מהר"ם בתשובו' האחרונות סימן רל"ט והרשב"א והרא"ש בסוף פרק הכונס עיין שם וכן חי' הראב"ד בהשגות בפ"ה מה' פקדון ובס' תמים דעים סימן רל"ד ובעל העיטור בדיני פקדון דף מ"ה עמוד ב' עיין שם :

ח' דין ט' אינו יכול לעכב וכו' וכ"כ מהר"י ן' מיגש בתשו' סימן ע"ה ומשמע אפילו שבועת היסת כמ"ש הש"ך עיין שם ועיין בס' תמים דעים סי' רי"ז ובתשו' הרשב"ץ ח"ג סימן ר"ך :

ט' דין י"א הג"ה לדון עם ערב קבלן שלו כ' הסמ"ע ונראה דכשאין ללוה עתה ממה לשלם מקבלין עדותו של הלוה על הקבלן או ערב וכו' וכן מצאתי להרמ"ה בפ' ח"ה סי' קע"ה וז"ל ומסתברא דלוה מעיד לערב ואף ע"ג דלית ליה ארעא אחרת ללוה או לערב ולא חיישינן מפני שמעמידה בפני ב"ח דכי אמרינן אינו מעיד גבי המוכר שדה לחבירו שלא באחריות דניחא ליה דלא ליהוי גבי ב"ח לוה רשע ולא ישלם ואי משום לוקח התם לאו לוה רשע מיקרי דא"ל להכי זבני לך שלא באחריות אבל גבי ערב דאי לא משלם ליה לערב מאי דפרע ליה למלוה בשבילו אין לך לוה רשע יותר מזה מעיד דלא נוגע בעדות הוא וה"ה נמי גבי קבלן וכולי עכ"ל הרי דס"ל דלוה מעיד לערב ולקבלן ודלא כהש"ך עיין שם וכ' הש"ך שכן מוכח בהש"ס ופוסקים דלא אמרינן השני נוח לו אלא לענין שאם העד צריך להוציא אבל לא כשהעד חייב ע"ש וכו' פשוט דה"ד גבי עדות שהרי כ' הטור סי' קע"ה ספ"ט בשם אביו הרא"ש אם בתחילת המשכונה בא המלוה לערער לומר אני אלוה לך וכו' וי"א שהדין עמו וי"א דמ"ל האיך נוח לי ללות ממנו כי ירויח לי הזמן ולא יגוש אותי וכן דעת הראב"ד והרמב"ן ע"ש בב"י וכן פסק מרן שם ס' כ"ח ע"ש וכן בסי' קכ"ו גבי מעמד שלשתן כתב הטור בשם י"א דאין כופין ללוה או הנפקד ליתן בע"כ שיכול לומר אתה נוח לי והשני קשה לי וכולי ור"ת והרמ"ה והרא"ש ס"ל דתקנו מעמד ג' אפי' בע"כ של לוה אבל בעלמא מודו כמ"ש גבי מצרנות דאמרי האיך נוח לי שירוית לי הזמן וי"ל דשאני מצרנות דאינו אלא משום ועשית הישר והטוב וכן מעמד ג' הילכתא בלא טעמא הוא ובטעמא כל דהו דחי' להו מיהו ק' שהרי כ' הטו'

בסימן

בסימן ס"ו ס' כ"ב וז"ל ראובן שיש לו שטר על שמעון ונתנו ללוי בכו"מ והוה שמעון אחד מעדי המתנה ואחר עמו ורצה ראובן לחזור מן המתנ'. וטוען שהשטר פסול הוא לפי ששמעון נוגע בעדות הוא שרוצה להעיד כדי שיפטר מבע"ד שהשני נוח לו הדין עמו וז"ל בעה"ת ש' כ"א סוף ח"ד ובהא איכא מ"ד דלא מיקרי נוגע בעדות כיון דלא רווח ליה אלא דשקיל מהאי ויהיב להאי והיא דח"ה לאו כה"ג דמ"מ לדידי' מסהיד וכולי והיא דריש ח"ה מוכח כן דקתני כגון דאתו תרי ואמרי אנן אוגרנא מיניה ודרכ' ביה ואוקי' לה בדנקטי אגר בית' בידייהו ואמרי למאן ניהביה אלמא כי הם חייבים לתת השכירות והם מעידים כי זה זכה בו ולא אחר ולא פסלי' להו משום נוגע בעדות דהשני נוח לו ואני אומר כי הלוה נוגע בעדות הוא נקרא כיון שפוט' עצמו מב"ח דהשני נוח לי היתא והיא וכולי התם הוא מפני שאין עליהם חוב בשטר ואינו עליהם אלא מלוה ע"פ ואלו היו רוצים להפטר מן המערער על הקרק' היו יכולים לפטור עצמם בטענת פרעתי ולפיכך נאמנים אבל כאן שהרי יש ביניהם שטר חוב ואינו יכול לפטור עצמו מן הראשון בטענת פרעתי רוצה הוא להעיד ולזכותו לאחר כדי שילא משעבודו ויכנס תחת זה השני שהוא נוח לו ממנו וכן קבלתי מפי הר"ן בר נאיר וכולי עכ"ל הרי דאיכא מ"ד ס"ל דלא אמרי' השני נוח לי אלא כשהעד צריך להוליא ולא כשהע' חייב אבל בעה"ת ס"ל דאפי' כשהעד חייב אמרי' השני נוח לי וכן פסק מרן בסי' ל"ז ס' י"א ובסי' ס"ו ע"ש נרא' דאיכא מ"ד ס"ל כדעת הראב"ד דההיא דפ' ח"ה מיירי כגון שכתבו שטר חוב על השכר דאל"כ אינה חזקה כיון שלא אכל פירות א"כ אין יכולים לפטור עצמם מן המערער בטענת פרעתי ואפ"ה לא אמרי' השני נוח לי אבל בעה"ת ס"ל דמיירי במלוה ע"פ ואפ"ה עלתה לו חזקה כדעת הרשב"א והר"ן שם וק"ק על מרן דבסימן ק"מ דין י"ב כ' י"א וכו' וי"א וכו' וכאן סתם דמיקרי נוגע בעדות ומ"מ אפשר דהכא גבי ערב לא אמרינן השני נוח לי דדוקא התם שעשה לו טובה מסתמא נוח לו אבל הכא שהפסידו מסתמא אינו נוח לו :

יו"ד דין י"ב בזמן שיש לו חלק וכו' כתב הש"ך נראה דוקא בשיש לו חלק בתביעה עלמה דקרובים פסולים להעיד להמורשה בין לזכות בין לחובה אבל כשאין לו חלק בגוף התביעה עלמה אע"פ ששכרו תלוי אם יוליא דוקא מ"מ הם אינם מעידי' למורשה בממון זה רק שנוגעי' הם ונוגע כשר להעיד לחובה ע"ש ונר' דל"ד שיש לו חלק וכן מסמ' מדברי הרשב"ץ בתשו' ח"א סימן ס"ו שכתב בשומר על היין וז"ל וכ"ל דוקא כשאינו נוטל שכר על שמירתו אבל אם הוא נוטל שכר על שמירתו הרי הוא כשלו וקי"ל שאינו נאמן בשלו ודומה לזה כ' הרמב"ן וכו' שמורש' שנוטל שכר הרשאתו חלק ידוע ממנון שיוליא מהלוה שאין קרובי המורשה מעידים באותו דין משום דהוי נוג' בדבר משום שכרו ה"נ כיון שזה השומר אינו נוטל שכר אלא אדעתא שיהא יין כשר משום שמירתו הרי יש לו חלק ביין וחלקו מעורב עם חלק האחר וכיון שאינו נאמן על שלו כך אינו נאמן על האחר עיין שם משמ' דכל שנוטל שכר מיקרי יש לו חלק וראיתי להרשב"א בתשו' ח"ג סימן של"א על מורשה אם יכולים קרובי המורשה לדון וז"ל אם לא היה אלא שלית בעלמא הרי זה דן בפני קרובו לפי שאין לו בזה לא זכות ולא חובה אבל בא בהרשאה אם כתב לו בהרשא' זיל דון ואפיק לנפשך הרי הוא כבעל דבר ממש וכולי

ואע"ג דאמר רב אשי בפ' מרובה שליח שוויה כבר כ' הראב"ד דאי אמר המורשה קודם שיתבענו המרש' הריני זוכה לעלמי קנה דלהכי א"ל המרשה זיל דון ואפיק לנפשך וכולי הילכך בשעה שהוא דן עם הנתב' בהרשאה שבידו שכתוב בה זיל דין ואפיק לנפשך הרי הוא כבעל דבר שדן על שלו עכ"ל הרי דאפילו מורשה בתנס הרשאה שכתוב בה זיל ואפיק לנפשך חשיב כבעל דבר ואינו יכול לדון בפני קרובו וה"ה דעדים הקרובי' לו פסולי' להעיד אבל למאי דקיי"ל דשליח הוי ואינו יכול לזכות לעלמו דלריך להחזיר פשיטא דקרובי המרשה יכולי' לדון ולהעיד :

י"א דין י"ד יכולים לשלוח הרשאה ביד גוי וכולי כן הוכיחו התוס' ריש קידושין בד"ה אשה וכו' דגוי קונה בחליפין וכן דעת ר"ת ע"ש ונראה דלדעת הרמב"ם בפ"א מה' זכייה דגוי קונה ומקנה בין בכסף בין במשיכה וכ' המ"מ שכן מוכח בע"ז דע"א דאמימר דאמר משיכה קונה אף במשיכה קאמר וה"ה כסף דאמרי' התם לדעת זו דביין נסך בהקדמת מעות סגי ולא קי"ל כסוגיא דבכורות דאמרי' מה עמיתך בחדא אף גוי בחדא אלא לגוי בין בכסף בין במשיכה עיין שם וא"כ ה"נ הגוי קונה בחליפין כישראל דדרשי' לעמיתך בכסף בלבד אבל לגוי בין בכסף בין בחליפין בין במשיכה והתו' ס"ל דגוי אינו קונה בכסף אבל בחליפין קונה ונדחקו בסוגי' דבכורות דהק' מדישראל בחדא קנין חדש בר מחליפין שהוא בשניהם ע"ש אבל לדעת רבי' א"ש דהתם ס"ל דגוי אינו קונה אלא בחדא במשיכה ולא בכסף ולא בחליפין אלא דקי"ל כסוגי' דע"ז דגוי קונה בכסף ומשיכה וה"ה בחליפין ואפשר נמי שדחה סוגי' דבכורות דס"ל מדישראל בחדא גוי נמי בחדא ואין הגוי קונה בחליפי' אבל סוגי' דקידושין דבעי למילף משדה עפרון שתקנה אשה בחליפין דס"ל דגוי קונה בחליפין ס"ל דדרשי' לעמיתך בכסף בלבד אבל גוי קונה בכסף ובמשיכה ובחליפין כסוגי' דע"ז וסמיא חדא מקמי תרתי ומה שהכריח הש"ך מההיא דע"ז דאין הגוי קונה בחליפין דא"כ היל"ל אקנינהו ניהליה בחליפין ע"ש ליתא שהרי הרשב"א בת"ה הביאו מרן הב"י י"ד סי' קל"ב כ' בשם הרמב"ן דהאמימר לאו משיכה דוקא קאמר אלא אף משיכה וה"ה למעות והילכך כל שהקדים לו מעות ופסק סמכיה דעתי' ולפיכך נות' וזה יות' נכון ע"ש וכ"כ במיוחסית סי' רכ"א וכ"כ הריטב"א בחי' שם וזה דעת הרמב"ם כמ"ש וכ"כ התוס' בקידושין די"ד ע"ב בד"ה הואיל וכולי ועוד דאמרי' בע"ז דלכ"ע גוי קונה במשיכה ומהר"ס שם כ' דלאו דוקא דהא ר"ל ס"ל דגוי אינו קונה במשיכה וכ"כ ה' עלמות יוסף עיין שם וא"ן דס"ל דסוגיא דע"ז ס"ל דלכ"ע לר"ל ולר"י דרשי' לעמיתך בלבד לר"י לעמיתך בכסף בלבד וכן לר"ל אבל לגוי בין בכסף בין במשיכה כמ"ש התוס' שם לחד תי' וכ"כ בהדיא בשיטת קידושין שם דהכי קי"ל גם התוס' במליעא דמ"ח בד"ה נתנה וכו' כ' בשם הר' חיים דאפשר דלר"י מעות קונות בנכרי כמו בישראל וכן יסבור רב אשי ולא ידרשו כמאן דדריש בבכורות לעמיתך בכסף ולנכרי במשיכה אלא ידרשו לעמיתך אתה מחזיר אונאה ואי אתה מחזיר אונאה לגוי וכו' ע"ש ולדידיה ודאי דקי"ל כר"י ורב אשי וה"נ גוי קונה בחליפין כישראל דלעמיתך דוקא למעט-אונאה אתא וא"ל הכריח הרמב"ם נמי מדאמרי' בפ"ק דקידושין אשכחן נכרי דכל קניינו של נכרי בכסף משמע דהוי כר"ל דס"ל לעמיתך במשיכה ולנכרי בכסף וכן מ"ש בע"ז דע"ב בזונה נכרית עסיקי' דלא מחסרא משיכה

אתי

אתי כר"ל והר' חיים תי' דר"י דריש לעמיתך למעט אונאה אבל הרמב"ם ס"ל דגם לר"י דרשי' לעמיתך בכסף ולגוי בין בכסף בין במשיכה א"כ לדידהו ה"כ דגוי קונה בחליפין כמו שקונה בכסף כישראל וה' ש"ך הסכים דאין חליפין לגוי ואפ"ה ס"ד דאשה קונה בחליפין כמו שדה דאע"ג דגוי היה מ"מ שדה עצמה נקנית בחליפין לישראל וכו' וכ' ה' פנים מאירות ח"א סי' מ"ו לא זכיתי להבין דלדידיה צריך לחלק דישראל קונה מגוי בחליפין אבל הגוי אינו קונה מישראל בחליפין ולענין קניה גוי במשיכה או בכסף דילפי' לעמיתך במשיכ' הא לגוי בכסף משמ' דאין חי' בין גוי מישראל וישראל מגוי ואפשר כמו שסבר ר"מ לענין משכון דגוי מישראל אינו קונה וישראל מגוי קונה בק"ו ישראל מישראל קונה מגוי לא כ"ש וה"נ לענין חליפין ע"ש וליתא דהא דדרשי' מיד עמיתך במשיכה הא מיד גוי בכסף ולמ"ד דד"ת מעות קונות ישראל מישראל בכסף וישראל מגוי במשיכה וא"כ היכי ילפי' בק"ו דישראל קונה מגוי בחליפין בק"ו דישראל מישראל הא א"ל דמשיכה או כסף יוכיחו דישראל מישראל קונה וישראל מגוי אינו קונה ועיין בהפרישה והט"ז י"ד סי' קל"ב שכ' דישראל מגוי קונה בכסף בק"ו דישראל מישראל קונה ישראל מגוי לא כ"ש וכה"ג קי"ל בסימן קכ"ו גבי מעמד ג' וכבר השיגו ה' שער אפרים סי' ע"ט ובגמ' מוכח בהדיא חי' דאין גוי קונה מישראל ולא ישראל מגוי ונעמד שלשתן שאני דהוי הילכתא בלא טעמא עש"ב ועוד דהא קי"ל כרבנן דישראל מגוי אינו קונה משכון כמו שפסק הטור ומרן בא"ח סי' תמ"א דישראל שהלוה לנכרי על חמצו אפילו הרהינו אצלו אם לא אמר מעכשיו מותר לאחר הפסח ע"ש בב"י וכן פסק מור"ם בא"ה סי' כ"ח במקדש במשכון של גוי אינה מקודשת ע"ש בב"ש ס"ק כ"ב אך ראיתי בתשו' מהר"ם מינץ סי' ס"ו שכ' וז"ל וכ"ל שבכור נוטל פי שנים אפילו במשכון של גוי דוקא במלוה ע"פ אינו נוטל וכו' והם אמרו ישראל מגוי לא קני להתחייב באחריותו היינו לגרע כח הגוי אבל לענין שיהא ישראל קרוי מוחזק ק"ו השתא ישראל מישראל קני מגוי לא כ"ש וכה"ג אמרו הק"ו לענין מעמד שלשתן וכו' ע"ש וה"נ אפילו לרבנן דס"ל דישראל לא קני משכון ה"ד שלא להתחייב באחריות לגרע כח הגוי אבל לענין שיהא ישראל קונה מגוי בחליפין ק"ו ישראל מישראל קונה מגוי לא כ"ש אבל ק' שהרי כ' המרדכי הביאו הב"י בא"ה סי' כ"ח דהמקדש במשכון של גוי אינה מקודשת דישראל מגוי לא קני משכון כדאיתא בפ' כ"ש דהלכה כרבנן ולא כר"מ ופסקו מור"ם שם וא"ת הא לרבנן נמי דוקא לגרע כח הגוי שלא להתחייב באחריותו אבל ישראל מגוי קונה בק"ו ויכול לקדש בו אשה וצ"ל כיון דס"ם לא מחייב באחריותו לא חשיב שלא לקדש בו אשה שהרי כ' התוספות בס"פ האומנין בד"ה אימור וכולי וז"ל וצ"ל מאיזה טעם יהיה ש"ש דאי חשיב קנין גמור אפי' באונסין יתחייב ואי לא חשיב קנין גמור לא יהיה אפי' ש"ש וי"ל דבההיא הגאה שיכול לקדש בו את האשה וכו' וכן כתב הרא"ש בפ"ק דקידושין עיין שם אלמא לא הוי ש"ש אלא משום דיכול לקדש בו האשה וא"כ דגוי גרע כחו שלא לחייבו באחריותו אבל הוי בלו שיכול לקדש בו אשה ועוד דהא קי"ל שאין הגוי בדין השומרים דרעהו כתיב ומ"מ הסכמת האחרונים לדעת ר"ת דגוי קונה בחליפין וכן הסכים ה' שער אפרים סימן ע"ט ודחה דברי הש"ך מיהו כ' ה' שם דה"ד ק"ש אבל חליפין שהוא בתורת שוי דמים אין הגוי קונה ולא מקנה עש"ב :

י"ב דין ט"ן הרי זה עושה מלוה וכולי וכן כתב הראב"ד בס' תמים דעים סס"י ס"ב דמלוה היא כדי שלא יהא כל א' נוטל' מעות של חבירו והולך ויושב במ"ה עיין שם :

סימן קכ"ה

א' דין א' ראובן שהיה חייב מנה לשמעון וכו' כ' מהר"י ן' מיגש סימן ע"ז אם עד א' העיד דשמעון שלח לראובן עם לוי ממון והודה בזה לוי אבל טען שחזר ולקחו ממנו או נזה לו אח"ך לתתו לאחר הואיל ולא אמר ללוי כשנתן לו הממון לתתו לראובן הילך שאני חייב לו אבל נתנו לו סתם אין לנו לומר שהוא אלא בדרך מתנה שאם בא לחזור חוזר וכולי עיין שם נראה דס"ל דבמתנה אם א"ל הולך מנה לפל' שאני נותן לו יכול לחזור עד שיגיע ליד המקבל דהולך לאו כזכי ואפילו לא אמר ליה שאני נותן לו אלא הולך מנה לפ' סתם אמרינן שהוא מתנה ולא פקדון וחוב כמ"ש התוספות בבתרא דמ"א בד"ה אבל וכולי דאם מסר לו בעדים סתם דוקא אומן אין לו חזקה דמסתמא לתקנו מסר לו אבל לאחר מסתמא מכר או מתנה כל שלא פי' שהוא פקדון וכן כתב הרא"ש והטור סימן קל"ג עיין שם וכן אמרינן בפ' שבועת העדות מנה נתתי לך והעדים רואים אותה מבחוץ והלה טוען במתנה נתנם לי נאמן עיין שם א"כ ה"נ כיון שנתנם לו סתם לא אמרינן לפקדון אלא מתנה ואם בא לחזור חוזר והשליח לא פשע ומ"ש הר"ן בפ' אחרון דכתובות גבי מי שהלך למ"ה ועמד א' ופרנס את אשתו וכולי כ' בשם הרשב"א דסתם לאו לשם מתנה נתן אלא לפקדון נראה דה"ד משום דממון בחזקת בעליו ועל המקבל להביא ראיה שנתן לו במתנה אבל (א"ה עכ"מ) :

ב' דהולך כזכי דמי וכולי ואם תפס ב"ח אחר מיד השליח מוציאין מידו דמשעה שבאו ליד השליח הו"ל כאלו הגיעו ליד המלוה עלמו ה' בית יהודה ח"א סימן מ"ה עיין שם וכ"כ מהר"ם גאלנטי סימן קי"ז עיין שם ומצאתי בתשו' הגאונים ח"ב שער ד' סימן כ"ו בראובן שיש עליו שט"ח מאה זהובים באחריות ובכל שימצא ביד כל אדם בעולם להוציא מידם והלך ראובן זה ולוה מאחר מאה זהובים אחרים והלך למ"ה ונתאחר ב' שנים ואח"ך שיגר לשני ממון שלו כ' וז"ל כך ראינו מן הדין שאם שליח ששיגר ראובן ממון עמו של ב"ח שני הוא משעה שהגיע ממון לידו שילא מידו של ראובן ועמד ברשות ב"ח שני וכולי ואי שליח של ראובן הוא והעיד עליו שמעון באחריות שלך עד שיגע ליד ב"ח שני אין יכול ב"ח א' להוציא מאותו כלום וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דאם השליח של ב"ח שני משעה שהגיע הממון לידו הוא ברשות ב"ח ואם שליח של ראובן הוא דמן הסתם הם באחריותו של ראובן יכול ב"ח א' להוציא מהשליח והיינו משום דכתב בכל שימצא ביד כל אדם בעולם להוציא מידם וכיון דהממון עדיין הוא באחריות ראובן יכול זה להוציא מהשליח אבל אם העיד עליו שהממון באחריות שלך עד שיגיע ליד ב"ח שני אפי' בכה"ג אינו יכול להוציא מידו :

ג' הג"ה אבל אמר החזיר לפלוני וכו' וכן אם אמר תנית זה בידך לפירעון פ' אינו כלום מהר"ם ן' חביב בתשו' בס' גנת ורדים כלל ג' סימן ח' והסכי' עמו הר' המחבר סימן ט' עש"ב :

ד' ואם

ד' ואם החזיר לו המנה והעני וכו' כתב המ"מ שכן מלא בתשובות הרי"ף שאם העני הלוה השליח חייב מסמ' דוקא העני אבל אינו יכול לתבו' השליח עיין שם בהלח"מ ועיין בה' כנסת הגדולה וז"ל הרי"ף בתשו' סימן קי"א שאלה על לאה שהיתה לה שטר משכונה על חצר של ראובן ובקשה לצאת מאותה מדינה ועשתה שמ' שליח לקבל לה אותו ממון וקבל אותו שמ' באחריו' עליו ועל אשתו וכ' שמ' על עצמו שממון זה קבלו מאותו חו' שהיה ללאה אצל ראובן ולאחר זמן וכולי פיים את שמ' עד שהחזיר לו אותו ממון וכו' תשובה כיון וכו' מחייבי' את שמ' לפרו' לה כל הממון לפי שכבר זכה לה בו ועשה ברשותו וזה שהחזירו לראובן איהו אפסיד אנפשיה וכן אמרו הילך מנה לפלוני שאני חייב לו אמר רב חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר וז"ש חייב באחריותו אם נתנו השליח מעצמו אבל אם נתנו בלווי בעליו ובשליחותו אינו חייב באחריותו ומכל מקום בין נתנו מעצמו בין שלא נתנו מעצמו אם בא לחזור אינו חוזר שכבר זכה בו לבעלים ואם מחזירו חייב לשלם עכ"ל מסמ' דיכול לתבו' השליח וחייב לשלם כמו שהוא בשליחות המלוה והחזירו דהלוה נפטר מהאחריות והשליח חייב מדינא וכן כת' ראב"ן בס' דף קל"ו דאם השליח החזירו חייב לשלם למלוה ולמפקיד עיין שם ולא חי' בין יש ללוה נכסים או אין לו נכסים וכן כתב הג"א בשם א"ז דיכול לתבו' מי שירלה וכן הסכי' הרב ספתי כהן עיין שם :

ח' דין ב' הא דבפקדון וכו' כ' הסמ"ע אבל בהלוא' דלהוצאה ניתנה וכו' וכן הוכיח מהרש"ל פרק קמא דגיטין סי' מ' דבהלואה אפילו לא הוחזק כפרן אינו יכול לחזור ודחק להגיה דברי התוספות שם דקאי על מעשה אחר וכו' עיין שם באורך אבל ראב"ן בספ' דף קל"ו כ' והוא אם תב' המלוה או המפקיד לאו המשל' את שלהם וכפר דניחא ליה למלוה או למפקיד דנפיק מיד המשלח אבל לא כפר במלוה וכו' אם בא המשלח לחזו' חוזר דאין רצונו שיהא פקדו' ביד אחר וכו' עיין שם הרי דגם בהלואה סבירא ליה דיכול לחזור ואם כן אפש' שכן דעת התוספות. כמ"ש הרב ח"ה שם אבל הריטב"א בחי' שם כתב וכולהו רבוותא פסקו כרב דהא תניא כוותיה ואם כן בעלמא אפילו לא הוחזק כפרן ובפקדון כשהוחז' כפרן הולך ותן כזכי וחייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר מיהו רבינו נר"ו אומר דהא ברייתא לאו תיובתא דשמואל היא אחר דאוקי' לה כשהוחזק כפרן דשמואל נמי מוקי לה בין במלוה בין בפקדון כשהוחזק כפרן והוחזק כפרן אפילו שמואל מודה דאם בא לחזור אינו חוזר וכו' וכיון שכן קיימא לן כשמואל דה' כוותיה בדינים ואם בא לחזור חוזר עיין שם ואפשר דראב"ן סבירא ליה הכי ופס' כשמואל דבין במלוה בין בפקדון דהוחזק כפרן ואם בא לחזור אינו חוזר אבל כשלא הוחזק כפרן יכול לחזור אבל הרמב"ם ושאר פוסקים פסקו כרב דברייתא כוותיה ובמלו' לעולם אינו יכול לחזור :

ו' דין ד' ויש מי שאומר וכולי וכן מסתברא הב"ח וכן כתב רב א' בשו"ת חוות יאיר סימן רע"ז דאף שמרן בש"ע כ' ב' הדעות ולא הכריע הרי הטור כ' אבל הרמ"ה וכולי נר' דעתו כהרמ"ה שכ' באחרונה וכן הכריע הב"ח עיין שם וליתא דמרן סתם (א"ה עכ"מ) :

ז' דין ט' אפילו אם מת המקבל בחיי נותן וכולי אע"ג דמתנת שכ"מ לא חיילא אלא לאחר גמר מיתה שאני מתנה זו שהוציא הממון מתחת ידו דעתו שיקנה מיד כ"כ מרן בב"י הטעם לדברי התוספות עיין שם וא"כ האומר תנו מנה לפ' ולא מסרו לשליש ומת המקבל בחיי נותן לא זכו יורשיו וכן כתב הר' יונה בעליות הובא בש"מ לבתרא ד' קכ"ה ע"ב וז"ל וסמעי' מסוגיא זו דש"מ שאמר תנו לפ' מנה ומת מקבל בחיי נותן אין נותנין ליורשי' דכיון דלא זכה בהם מקבל בחייו ואין מתנת שכ"מ קונה עד לאחר מיתה אין יורשיו עומדים במקומו לזכות במתנה שלא זכה וכולי והא דמסקי' בספ"ק דגיטין דהולך מנה לפ' וכו' נר' בעיני דה"ד משום דזכה לשליח כיון דדברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמו דהולך דשכ"מ כזכי דמי וכיון דאיתיא למקבל בשעת מתן מעות והוי כמו שהגיעו לידו וה"ז כנפקד של מקבל בודאי נותן ליורשיו והם זוכים במתנה כשימות הנותן מיהו בחיי נותן ודאי לא זכה המקבל זכייה גמורה שלא יוכל הנותן לחזור בו אע"ג דהוי כמו שהגיעו המעות ליד המקבל שאין זיכוי מועיל בש"מ שלא יוכל לחזור בו שלא היה זיכוי אלא מחמת מיתה קנין וזיכוי בעי' כדמוכח בפ' מ"ש ונליסנא דקאמרי' התם הא דאיתיה למקבל בשעת מתן מעות ולא אמרי' דאיתיה למקבל בשעת צואה משמע כמ"ש וכולי עכ"ל הרי שכ' בהדיא דאומר תנו מנה לפ' ומת מקבל בחיי נותן לא זכו יורשיו אבל התוספות בגיטין שכ' דדברי שכ"מ כשמת כמסורים למקבל משעת נתינת שכ"מ או אמירתו עיין שם נר' דס"ל דגם באמירה זכה וכן ראיתי לה' פני יהושע בחי' שם וכן כתב התוס' בפ' מציאת האשה וז"ל י"מ כיון דמלד"ה א"כ מאי אהני הא דדברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמי ואור"ת דלא אמרינן מלד"ה אלא כשהושלש מתחלה לכך א"כ דוקא במת נותן בחיי מקבל אבל דברי ש"מ בכל ענין כמסורים דמו עכ"ל הרי דס"ל דגם באמירה זכה וכ"כ מדברי ר' האיי בספר המקח סוף שער י"ג עיין שם ועיין בתשוב' הב"ח חלק ב' סימן פ"ג וכן מצאתי להרמ"ה בפ' מ"ש סימן ל"ד וז"ל וכל שכן גבי ל' דתנו ותנתן דמהנו בש"מ ולא מהנו בבריא דלואה היא והקנאה בלואה לא שייכא דקנין דברים בעלמא הוא ולא אשכחן דמהני בבריא אלא היכא דמסריה לממונא ביד שליש ואמר לו תן חפץ זה או מנה זו לפלוני דהוה ליה כזכי כדאיתא בסוף פר"ק דגיטין א"כ במשלים מעות להוליכן לאחר וכו' ואפי' הכי אם מת המשלח עד שלא חזר בו אף על פי שלא הגי' הממון ליד המשתלח אמרינן מלוה לקיים דברי המת ואלו גבי ש"מ אף על גב דלא אתפסיה לממון לשליש קני אי בעית אימא מטעמא מלוה לקיים דברי המת וכי היכי דגבי הקנאה לא אצרכו לחד מאנפי הקנאה שלא תטרף דעתו עליו ואי בעית אימא ל"ש גבי יטול יחזיק וכיוצא דלשון הקנאה הוא ול"ש גבי תנו דלשון צואה הוא כולא מילתא גבי ש"מ מטעמא דלשון מתנה הוא וכו' דכי היכי דלא אטרחוה רבנן לאצרוכי חד מאנפי הקנאה שלא תטרף דעתו עליו הכא נמי לא אטרחו רבנן לאקנויי בל' מתנ' נמס שלא תטרף דעתו עליו וכו' עכ"ל מבואר דסביר' ליה דגם באומר תנו מנה לפ' דלא מסר הממון לשליש קנה בש"מ מטעם מלוה לקיים דברי המת או דהוי ל' הקנאה והר' תרומת הדשן סי' ש"ן על ראובן שצוה מחמת מית' שיתן מנכסיו לבת בנו עשרים ליטרא ותקנה בהם חגורה ומת ראובן ואחר ימים מתה האשה בת בנו קודם שהגיעו המעו' לידה והניחה בן קטן כתב וז"ל אבל כיון דהוה ליה בן וכו' אותו בן יורש כל כחה וזכות שהיה לה בעולם בראוי כבמוחזק וכולי אלא שבן ראובן טוען שהצואה לא היתה אלא הבת דתקנה בהם בהני מעות חגורה יפה וכוונתו היא

היא כבר נתבטלה קודם שהוליא המעות מידו נר' לכאו' דשפיר קטעין וכי האי גוונא איתא במרדכי פרק אע"פ באחד שנדר והקלה מעות לנדקה יתומה להשיאה בהם ונפטר' היתומ' קודם שהשיא' ופ' ר"ח כ"ן דלא זכו יורשי היתו' באותם מעות כל עיקר משום דאמדי' לדעתי' שלא הקל' אותם אלא על מנת לכונסה ור"י וא"ז פסקו התם כמותו וכו' ואף ע"ג דראבי"ה פליג עלייהו וכ' לא כל האומדנות שוות וכיון דהוקלה מעות לעניים ועשה וזכתה היתומה בהם וזכו היורשים מכחה ואם כן בנדון דידן נמי כיון דקיימ' לן דדברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמי מיד זכתה האש' בהני עשרים ליטרא ואתו יורשיה וזכו מינה מכל מקום מה בכך אכתי פלוגתא דרבוותא היא ולא מפקי' ממונא אמגס נראה בנדון דידן ליכא אומדנא דמוכח וכו' דאמרי' בפרק י"ן ובפרק מ"ש דעתו של אדם קרובה אלל בנו והוא הדין מסתמא אלל בת בנו ונר"ל דגמר להקנות לה וכו' עיין שם באורך הרי דסביר"ל דגם באמירה קנתה מיד ויורשיה יורשי כחה וכן מלאתי להרדב"ז חלק ג' סי' תקנ"א שכתב שכן דעת התוספות אבל מדברי הרא"ש ור' ירוחם משמ' דלא זכה באמירה אלא במסרו לשליש ואפי' מת נותן בחיי מקבל השכים גם דלא זכו יורשי מקבל באמירה עיין שם באורך וכן כתב בתשוב' אחרת סימן קי"ב עיין שם וראיתי למהרא"ת חלק ב' סימן ל"א בש"מ שנתן מתנה לבתו וקב' זמן לאחר ב' שנים ומתה הבת קודם הב' שנים שכתב דאף על גב דכתבו התו' דאפילו מת מקבל בחיי נותן זכה משום דמתנת ש"מ קונה למפר' מטעת נחינה היינו משום דלא קב' שום זמן למתנ' אבל בנדון זה שלא זכה אותה במתנה אלא לאחר הב' שנים והיא שעתא ליתא למקבלת מתנה לא זכתה במתנ' וכו' מיהו א"ל דלאחר ב' שנים נמי הוי כאתם מתנת ש"מ שאינו מכוין לזכות אלא לאחר מיתה ואפילו הכי באומר הולך מנה לפלו' אמרינן למפר' הוא זוכה והכא נמי לאח' ב' שנים הוא קונה למפר' אלא שאיני סומך ע"ז בפשוט להוליא מהיתום עיין שם והרדב"ז חלק ג' סימן תקנ"א בש"מ שלוה שיתנו לבתו מנה לנורך נישואיה ומתה הבת הביא דברי התוספות והרא"ש וכתב וז"ל ומכל מקו' יש ללמוד מדבריהם לנ"ד אף על גב דלא מטי מתנתא ליד מקבל ולא הושלם ביד שליש כיון דמת נותן בחיי מקבל זכה במתנה משום דדברי ש"מ וכו' וזכו יורשיו אחריו עיין שם מבואר דס"ל (א"ה עכ"מ) :

סימן קכ"ו

א' דין א' ראובן שהיה לו מנה אלל שמעון וכולי ואם מת ראובן אפילו אין עדים בדבר נאמן שמעון לומר שראובן המחה אותה במעמד שלשתן במגו דאם רלה היה אומר שפרע לראובן הכנה"ג אות כ"ז בשם מהר"א גאליקו בתשו' כ"י ע"ש וכה"נ כתב הרדב"ז ח"ב סימן ל"ב ע"ש וכ"כ מהר"ס אלשיך בתשו' בס' אבקת רוכל סימן קע"ה דנאמן שמעון לומ' שא"ל ראובן תנהו ללוי במעמד ג' מגו דא"ב אמר החזרתי לו מדכ' הרמב"ם בפ"א מה' שלוחין שאם טען שמעון דמנה שהיה בידו נתנו ללוי ע"פ כתב ששלח לו ראובן וטען ראובן לא כתבתי ולא שלחתי כתב ישבע שמעון היסת ונפטר וכ"ש ביורש הבא בטענת אביו דהוי כטענת ספק שיכול לטעון שנתנו ע"פ אביו או שהמחהו אלל אחר במעמד ג' וכו' ואפי' יטעון היורש מנה לאביו בידו דהוי טענת ברי' לא אלים ממורישו דאין טועני' ליורשי' אלא מה שהיה יכול אביהם לטעון ומדברי הרמב"ם נר' ברור דאין חי' בין הבא לזכות לעצמו או לאחרים וגם מדין מגו נאמן לזכות את אחרים וכ"ש הוא אם לעצמו יכול לזכות בשבועה כ"ש לאחרים דאין אדם חוטא ולא לו והסכים עמו מרן ב"י שם עש"ב ולעד"ן דאין שמעון נאמן לזכות ללוי דהא אמרי' בפ' הא"מ וכן פסקו הרמב"ם והטור ומרן בסי' קכ"א ס"ט דשליח שאמר שנתנם למלוה והמלוה אומ' שלא קבלם ולא עשאו שליח ישבע השליח וכולי וישב' המלוה וגובה מהלו' שהשליח אינו נאמן לפי שהוא נוג' בעדות שהרי לריך ליסבע וליפטר וכ' התוס' וז"ל וא"ת מ"מ למה לא יהיו העדים נאמנים לאחר שנשבעו לומר פרענו מגו דיכולים לומר החזרנו ללוה וכו' והור"י דלכך אין נאמנים לאחר שנשבעו משום דרחמנא אמר ע"פ שנים עדים יקום דבר דמשמע דנאמנים בדבור בלבד אבל עדים הוטענו לישבע קודם שיאמרו דבריהם אין ממש בעדותם וכו' ע"ש וה"כ אינו נאמן לזכות את לוי מדין עדות במגו דהחזרתי או במגו (א"ה עכ"מ) :

ב' בין מלוה וכו' אפי' מלוה שלא הגיע זמן הפירעון יש דין מעמד שלשתן כמו שהוכיח הש"ך ודלא כמהרשד"ס סי' שכ"ט ע"ש וכן השכים ה' נתיבות משפט ד' פ"ד דאפי' הנמחה שהוא מוחזק רולה לחזור אינו חוזר עש"ב וכן מלאתי למהרי"ל סי' ע"ד שכ' שמלא תשו' ישנות וא' מהם כ' ר"י וא"ז ובתשו' א' שאלו על שכ"מ שרלה ליתן לאשתו רבית והשיב וז"ל ועל הרבית אפי' אי הוי ראוי ולא גבי' כתובה מניה מיהו זכתה האלמנה בו מכח המתנה שלוה בעלה במתנת שכ"מ ליתן לה הרבית דאיתא נמי בבריא במעמד ג' דמלוה גופה ניקנית במעמד ג' דמי לא עסיקי' הלואתו לפ' בכגון שקבל זמן לפרו' ועדין לא הגיע הזמן דמלי ליתנו במתנת שכ"מ ואיתא בבריא דמעמד ג' בכה"ג דלא הגיע זמן הרבית נמי ל"ש דאפי' ברבית המגיע לאחר מיתה זכתה בו עכ"ל הרי בהדיא דאפילו לא הגי' הזמן נקנה במ' ג' ונר' דה"ה רבית לא חשיב דבר שלא בא לעולם ונקנה במעמד ג' ומהריק"ו סימן פ"ט כתב דחוב שלא הגי' זמנו לא חשיב דבר שלא בא לעולם שנאמ' שלא תועיל בו מחילה קודם הזמן אלא חשיב בא לעולם שכבר נעשה השעבוד ונתחייב הלוה בק"ש דהוי כמעכשיו והוכיח כן מדברי רש"י בפרק כ"ש דגוף החוב יכול להקדיש ולמכור ודוקא גוף הקרק' המשועבד כיון שיכול הלוה לסלקו במעות לא ע"ש ונר' דוקא אם מכרו במעמד ג' או שטר בכו"מ כדינו דאפי' לא הגי' הזמן לא חשיב דבר שלא בא לעולם אבל בלא כו"מ ולא במעמד ג' לא קנה החוב וכן מלאתי להכנה"ג חי"ד סי' רנ"ח הגב"י אות כ"א שכ' בהדיא וכ"כ מדברי הסמ"ג סוף עשין ע"ד וז"ל ותי' ר"י דשמא לא תקנו מעמד ג' בכתובת אשה העומדת תחת בעלה דשנא לא תעמוד לגבות לעולם וכ"כ הרמב"ן בחי' לבתרא בפ' מ"ש וז"ל דהתם כתובה כיון שאין עליו כלום בשעה שמכר דמנה לי בידך קאמר אבל היכא דלית ליה גביה כלום לא וגבי כתובה כמאן דלית ליה גביה דמי דדילמא לא מגרש לה ותמות בחייו עכ"ל גם ה' המאירי הובא בתשו' מהרב"א סימן י"א ובש"מ לקמא ד' פ"ט כ' וז"ל שאין דין מ"ש אלא במלוה או פקדון שעומד ליגבות בודאי אבל כתוב' שאפשר שלא יתחייב לה בעל וכולי עיין שם מוכח בהדיא דכל מלוה שעומד לגבייה בודאי אפילו לא הגי' הזמן יש בה דין מעמד ג' לאפוקי כתובה דאפשר שלא תבא לידי גבייה כלל וכן לשון הרא"ש בפרק קמא דמליעא היינו דוקא במלוה העשויה ליגבות אבל בכתוב' דשמא לא תבא לידי

לידי גבייה לעולם לא תקנו וה' מע"מ הגיה ליגבות מיד עיי"ש וליתא דאפילו מלוה לזמן כיון שעשויה ליגבות יש לה דין מעמד ג' ודלא כה' נתיבות משפט ד' פ"ד ע"ש והרב כנסת הגדולה הוכיח כן דמתשו' הרשב"א בהביא מרן הב"י מחו' ב' שכ' וכן שכן כל שא"ל המומחה מנה לי בידך תנהו לפלוני הרי זה חייב ליתן לו ע"כ לזמן שהוא חייב לממחה וכולי מבואר דאפילו לא הגיע זמנו קנה עיין שם ותשו' הרשב"א היא בח"ב סימן שע"א ובסימן שע"ז כ' וז"ל מסתברא לי שאין דין מ"ש בככרי שאני אומר שלא נתקן מ"ש אלא משו' תקנת הלווין שאם א"א שאין המלוה יכול ליהנות משלו עד זמן הלואתו גם הוא נמנע ולא ילוה ונמצא נועל דלת בפני לווין וכולי עיין שם הרי בהדיא דתקנו מעמד ג' אפילו בחו' שלא הגי' זמנו שיכול ליהנות המלוה קודם הגעת הזמן כדי שלא תנעול דלת והתוס' בפרק קמא דגיטין והרשב"א בחי' גם כת' דלא תקנו מ"ש בכתובה דאפ' שלא תבא לידי גבייה עיין שם ולדעת הרשב"א דתקנו מ"ש כדי שלא תנעול דלת בפני לווין כר' דבכתובה לא תקנו מ"ש דלא שייך ה"ט דנעילת דלת וה' עדות ביעקב סי' קל"ג הוכיח כן מדאמרי' בפ' מ"ש והאמ' רבא אר"כ ש"מ שאמ' תנו הלואתי לפ' הלואתו לפ' אע"ג דליתיה בבריא ר"פ אמר הואיל ויורש יורשה רב אחא בריה דרב איקא אמר הלואה איתא בבריא דקנה במעמד ג' עיין שם ומי לא עסקי' דש"מ נתן אפילו הלואתו שלא הגי' זמנה וכ"כ כל הפוסקי' דין זה סתם ש"מ שאמ' הלואתו לפ' וכו' ולא חי' בין מלוה שהגי' זמנ' למלו' שלא הגי' זמנ' וכה"ג כ' הב"י סי' רכ"ג דאפילו מלוה דגוים דקנה מדכ' הפוסקים סתם ועוד דהא לטעמא דר"פ הואיל ויורש יורשה קנה אפילו מלוה שלא הגי' זמנה וה"ה לרב אחא עיין שם מיהו הרשב"ץ חלק ב' סימן רל"ה כתב דאם ההלואה על הגוי דלא מהני מעמד ג' לא קנה מקבל מתנה וכן אם אמר מה שגזל ממני פ' לפ' לא קנה כיון דליתיה במעמד ג' למאי דקי"ל כרב אחא עיין שם גם ה' דברי אמת בקו' שביעי סי' ג' דחה דברי מהרימ"ט שכ' דר"פ ורב אחא לא פליגי דהא איכא בינייהו אויר רומא בלא גוף דיורש יורשה כמ"ש הרמב"ן והר"ן והריטב"א והב"י עיין שם באורך ואם כן אפ' דהכא נמי פליגי במלוה שלא הגי' זמנה דלרב אחא לא קנה וה' פני משה חלק שני סימן ס' כ' אף ע"ג דהלואה דגוי ליתא במעמד ג' כיון דשם הלוהה איתא בבריא קנה בש"מ ע"ש וה"כ במלוה שלא הגי' זמנה אף על גב דליתא בש"מ שם הלוהה איתא בבריא וגם הרשב"ץ ומהר"י באסן ומהר"ם הלוי דס"ל דמלוה דגוי לא קנה נראה דמודו במלוה שלא הגי' זמנו כיון דהיתא בבריא במלוה זו עלמה כשיגי' זמנה משא"כ במלוה דגוי והרב כנסת הגדולה כ' שכ"כ מדברי הריב"ש בתשו' שכ' בשם המפרשים דטעמא דליכא בכתובה מ"ש משום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים ואפ' שלא תזכה בהם האשה אם תמות בחיי בעלה ולאו מנה בידך הוא וכן כתבו התוס' בפרק קמא דגיטין ור' ישעיה והר' המאירי בפ' החובל הביאם הר' בגלאל סימן י"א עיין שם ואם בחוב שלא הגי' זמנו לא מהני מ"ש ל"ל טעמא שמא תמות היא בחיי בעלה בלא"ה כיון שלא הגי' זמנו לא מהני מ"ש וכולי ול"ל דל"ד כתובה לחוב שלא הגי' זמנו דהתם הזמן מוגבל ובתו"הז אינו עשוי ליפר' אבל כתובה אע"ג דלא ניתנה ליגבות מחיים מ"מ אין הזמן מוגבל דאפ' שימות הבעל היום או למחר ונמצא בכל שעה זמנה הוא ולכך צריך לטעמא דשמא תמות היא בחייו עכ"ל וליתא שהרי כ' הר"ן בפרק האשה שנתארמלה גבי האומר שטר אמנה וכו' דמשועבד מדר"ן אינו יכול למחול הק' ע"ז מדאמרי' בפ' החובל וכולי ולי אין זה קו' דהתם לאו מדר"ן אתינא עלה וה"ט בהא דר"ן לא סגי אלא כשיגי' זמנו וכו' אבל לא סגי דתהוי מהשתא שעבוד גביה כ"ש בשעבו' דכתוב' דאפ' דלא אתיא לעולם לידי גוביינא עכ"ל הרי דכתוב' גרע מחוב שלא הגי' זמנו ולא אמרינן דוקא חוב שהוא לזמן מוגבל לא משתעבד מדר"ן בתוך הזמן אבל כתובה דאפ' שימות הבעל היום בכל שעה זמנו הוא וכה"ג כ' התוס' בבתרא ד' קמ"ה בד"ה ואין השביעית וכו' וז"ל והכא ה"פ אין שביעית משמטתו דלא קרי' ביה לא יגוש שיכול לומר לו בבתולה אני עושה עמך או שמא לא ישא אשה אבל מלוה שלבסוף בא לידי לא יגוש שביעית משמטתו וכולי עכ"ל ועי' בתשו' הרדב"ז ח"ג סימן תקע"ד ועיין בהש"ך שכ' דבכתובה ליכא מ"ש ואין המוחזק יכול לומר קי"ל כהר"ן דיחיד הוא ע"ש וכבר כת' האחרונים דלא ראה דגם ר' ירוחם ס"ל כהר"ן עיין שם וא"כ יכול לומ' קיי"ל כותיהו עיין שם אבל אנן קיי"ל (עכ"מ):

ג' בין מלוה וכו' אפילו חוב בשטר נקנה במעמד ג' ואין צריך כסף ומסירה כמו שהוכיח מהר"ם אלשיך סימן ד' עיין שם וה' כנה"ג הגב"י אות י"ט על דברי בעה"ת שהובא בב"י שם כתב וז"ל מכאן נר' ברור דאפילו חוב בשטר נקנה במעמד ג' וכו' ותמהני ממהרמ"א שהולרך ללמוד מדקדוק שאר פוסקים ע"ש וכבר מהר"ם אלשיך שם הביאו וז"ל וכן כ' מרן בב"י סימן קכ"ו בשם בעה"ת והתימא שלא זכרו שכן כ' הטור בסו' ס"ו סי"ט כדברי בעה"ת ושוב ראיתי למהר"ם אלשיך סימן ק' שכ' דמועיל מעמד שלשתן גם במלוה בשטר וכמ"ש הטור בשם הרמב"ן סימן ס"ו עיין שם וכן כתב הרדב"ז בתשו' ח"ג סימן תקע"ד דאם מסר לו השטר אפילו לא כ' לו אלא שאמר ללוה במעמד שלשתן עיין שם ועיין בהש"ך סימן ס"ו ס"ק ל"ז שכתב דחוב בשטר אינו נקנה במעמד ג' מדאמרינן בפרק הא"מ במלוה על פה פליגי בדרב הונ' וכו' ובמלוה בשטר פליגי בדר' ורבנן וכו' ולא אמר במלו' בשטר נמי פליגי בדרב הונא וכו' וכן כ' מהר"ס מלובלין בחי' בפרק הא"מ ראיה זו עיין שם וכן כתב הר' חקו' הדיינים סימן קל"ב וז"ל וי"מ דדין זה הוא בכל דבר שגופו ממון למעוטי שטר שלא קנה זה המקבל עד שיעשה כסף ומשיכה וכו' עכ"ל ולא זכרו דברי בעה"ת והטור דס"ל דבמלוה בשטר נקנית במעמד שלשתן וכן מוכח מדברי התוס' ושאר פוסקים כמ"ש מהרמ"א:

ד' בין שנתנו לו במתנה וכו' איכא מ"ד דדוק' במתנ' אבל בפירעון חובו לא ודחה דבריהם הרי"ף בפרק המקבל עיין שם וז"ל רב האיי בספר המקח שע' י"ג דף ל"ג ע"ב המחאה כגון ראובן זבין חפץ לשמעון ואותו חפץ אצל לוי כיון שא"ל ראובן ללוי אותו חפץ שיש לי אצלך תנהו לשמ' במעמד שלשתן קנה שמ' או כגון ראובן דזבין חפץ משמ' בדמים קצובים ואותם דמים הם אצל לוי ואמר שמ' ללוי תן אותם דמים לראובן במ"ש קנאם ראובן ואין המוכר רשאי לחזור בו וכו' אבל הלוק' כשנטל החפץ מיד השליש שהיה בידו ידו על העליונ' אם בשעה שנטלו נתייקר בעיניו הרי זה מחזיק בו ואם לא נתייקר בעיניו יכול לחזור בו דמה שלא ראו בתחלה ולא נפל עיניו עליו לא הוו זביניה זביני ואף על פי שמחהו אצל השליש אבל המוכר הוא ידו על התחתונ' דכיון שמחאהו שוב אינו יכול לחזור בו לעולם אם רוצה הלוקח דה"ג אמר רב הונא מנה לי בידך תנהו לפ' במ"ש קנה ואם במתנה

במתנה אנו אומרים כך כ"ש לענין זביני שזה נותן ממון וזה נוטל ממון וכו' עכ"ל הרי דסבירא ליה דאם במתנ' קנה כל שכן במכירה כגון שהמחהו על החפץ או שהמחהו על הדמים וכל שכן כשחייב לו מעות בהלואה והמחאהו עליהם וכתב מהרש"ח בתשו' סימן ס' דהוא הדין נתנו לו בהלואה דלא גרע ממתנה עיין שם אבל מדברי מהר"ש אלשקר סימן ס"ג נראה דלא סבירא ליה הכי כמו שכ' הרב נתיבות משפט ד"פ עיין שם וכן נראה לכאו' דמת' הוי כמכר כדאמרינן בפרק הניזקין דאי לאו דאית ליה הנאה מניה לא יהיב ליה מתנה וחיישינן לפסידא דידיה עיין שם והכא נמי א"ל דלא תקנו מ"ש אלא במכר ומתנ' משום תקנת השוק אבל בהלואה לא אבל נראה עיק' דאין חילוק דהא לטעמא דאמימר דנעשה כא"ל משתעבדנא לך וכל דאתי מחמתך ודאי דנתנו לו בהלואה משתעבד וכן לטעמא דרב אשי דבההיא הנאה דמשתניא למלוה חדשה משתעבד והוא הדין למסקנא דהא לא פליגי בדין דהמחא' אלא בטעמא וכי האי גוונא כ' הר"ן בפרק קמא דגיטין עיין שם :

ה' ואין ראובן וכו' ואם שמעון נתנו לראובן לוי גובה אותו משמעון הרדב"ז ח"ב סימן רפ"ב ע"ש ואע"ג דקי"ל בסי' ס"ו סע"ז במוכר שט"ח לחבירו אומרי' לו ב"ד ללוה ליתן ללוקח ועבר ופרע למוכר פטור' ע"ש בהסמ"ע והש"ך ס"ק כ"ח שאני התם דהמוכר לא נסתלק ולכך אם חזר ומחלו מחול משא"כ במעמד ג' דנסתלק לגמרי :

ו' וכן אין הנותן יכול לחזור ולמוחלו וכולי הטור כת' שהראב"ד ס"ל דאם אמר לוה למלו' בשע' מתן מעו' משתעבדנ' לך ולכל דאתי מחמתך אז אינו יכול למחול ואם לאו יכול למחול וכ' מרן בב"י דדברי הראב"ד כתבם הרשב"א בתשו' וכ' שכן דעתו נוטה עיין שם וז"ל הרשב"א בתשו' חלק שני סימן ע"ל יש מי שאומר שכח מ"ש יפה שאם חזר ומחל אינו מחול וכטעמא דאמימר דאמר במלוה משו' דנעשה כמאן דא"ל משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך ואלו כתב לו כן אינו יכול למחול וכן דעת הראב"ד ולזה דעתי נוטה ומאמימר נשמע לכולהו וכולי עיי"ש מבואר די"א דס"ל כיון דאם כ' לוה למלוה משתעבדנ' לך ולכל דאתי מחמתך אינו יכול למחו' ה"נ במ"ג אינו יכו' למחו' אפי' לא אמ' משתעבדנא וכולי דכא מ"ש יפה כמ"ד משתעבדנא וכולי כטעמא דאמימר ונראה דמ"ש הרשב"א וכן דעת הראב"ד וכן דעתי נוטה וכולי קאי אאם כתב לו משתעבדנא לך וכו' דאינו יכול למחול וכן בסי' ש"א הביא דברי הראב"ד דאם כתב הריני משתעבדנא לך והסכים עמו ע"ש אבל בדין מ"ש אפשר דלא ס"ל הכי כמבואר בתשו' ח"ג סי' כ' והובא בב"י סימן ס"ו דלא הסכים עם הראב"ד אלא במוכר בכתיבה ומסירה דאם אמר הלוה למלוה משתעב' וכולי אינו יכול למחול אבל במוכר במ"ש כת' שם דאין הדבר מוכרח כ"כ ויש לבע"ד לחלוק ע"ש מיהו משמע קצת דס"ל הכי כמ"ד דהא בהא תליא דמ"ש דינו כמאן דא"ל משתעבדנא וכולי וכ"כ ר' ירוחם נתיב י"ד ד' כ' וז"ל וכת' התוס' אם מכרו או נתנו במ"ש דאינו יכול למחול וכך דקדקו הפסקים והרשב"א והראב"ד והתוס' ע"ש הרי שכ' דהראב"ד והרשב"א ס"ל דאינו יכול למחו' ועי' בחי' הרשב"א פר' קמא דגיטין וכן הסכים הריטב"א בחי' שם וכ"כ ראב"ן בתשו' סימן מ"ו ומ"ח וה' חקות הדיינים סימן קל"א :

ז' וכן אין הנותן יכול למוחלו וכולי מרן בב"י סימן ס"ו דחה דברי הנ"י שכ' דרוב המפרשי' ס"ל כהרמב"ן וכ' הש"ך בסי' זה ס"ק יו"ד דשגגה היא להנ"י מפ' אחרים כגון הראב"ד והרשב"א והרמ"ה וכו' עש"ב ולא דק דהרמ"ה ס"ל דאינו יכול למחול כמ"ש הטור שם וז"ל הרמ"ה בפ' מ"ש סימן פ"ג ושמעי' נמי דמכירת שט"ח וכולי מדרבנן בעלמא הוא דאי מדאורייתא כי חזר המוכר או היורש ומחלו אמאי מחל וכו' וכת' ואי מדאוריי' לא קני ליה אמאי איצטריך קרא למעוטי שטרו' מאונאה כי איצטריך קרא למעוטי שטר פקדון וכו' ואבע"א אפי' בשט"ח וכגון דאמחייה ללוקח גבי לוה במ"ש דקני למוגא מדאורייתא ואינו יכול למחול וכולי עכ"ל ודבריו תמוהים דמ"ש אינו אלא תקנת חכמים כהילכתא בלא טעמא כדאיתא בספ"ק דגיטין עיין שם ומ"מ הרי הרמ"ה ס"ל דאינו יכול למחול ויש להגיה בהש"ך הרא"ה במקום הרמ"ה גם מ"ש הש"ך וכ"ה בחי' הרשב"א פרק קמא דגיטין להדיא מביא במסקנתו דברי הרמב"ן דבמ"ג יכול למחול וכולי עיין שם ליתא שהרי הרשב"א שם גבי הנהו ניכאי וכולי כ' ועוד דהא אסיקנא לעיל דבמ"ש אם חזר ומחלו אינו מחול עיין שם ועי' להרמב"ן בס' הזכות סי' מ"ד והסכים הש"ך דלענין קידושין יש להחמיר ע"ש :

ח' אם קנה קרקע בחוב שיש לו על אחרים במעמד ג' כ' מהר"ש גאלנטי סי' ס"ו לדעת הרמב"ם בפ"ה מה' אישות דאשה מקודשת במעמד ג' ה"נ בקרקע קנה לוקח הביאו הכנה"ג עיין שם אבל למ"ד דבמעמד ג' יכול למחול וכיון שיכול למחול לא סמכא דעתה ואינה מקודשת ה"נ אין הקרקע ניקנית במ"ש וכן אם קנה קרקע בשט"ח והקנה אותו לו בכו"מ דלכ"ע יכול למחול ואין האשה מקודשת בו ה"נ בקרקע לא קנה וכן כתב הר"ן בפ' הא"מ עיין שם ורש"י שם כ' וז"ל אם היה מקנהו קרקע בדמי שטר זה ודאי לא קנה המלוה את הקרקע דלא סמכא דעתיה דבעל הקרקע אבל באשה סבר ר"מ דס"ד וכולי עיין שם הרי דסב"ל דאפילו לר"מ דסבר דהאשה מקודשת משום דסמכא דעתה דלא ימחול לאחר ושבק לה לדידה מודה במכר קרקע דלא קנה משום דלא סמכא דעתיה שמא ימחול וכן כתב הש"ך בסימן ק"ן עיין שם וא"כ ה"נ במ"ש למ"ד דיכול למחול אפילו למ"ד דאשה סמכא דעתה ומקודשת במכר קרקע מודה דלא סמכא דעתיה ולא קנה אבל התוס' במציעא ד' י"ו בד"ה האי וכולי כתבו וז"ל והא דאמרינן בפ' הא"מ ושיים שבמכר קנה היינו במלוה שיש לו על אחרים דאז באשה בענין זה מקודשת לכ"ע אי לאו דאשה לא סמכא דעתה ויראה שיחזור וימחול וכולי עיין שם במהרש"א הרי דס"ל דדוקא אשה לא סמכא דעתה שמא ימחול אבל במכר קרקע סמכא דעתיה ולכ"ע קנה כמ"ש התוס' בבתרא ד' קמ"ז בד"ה המוכר וכולי דאשה יש לה בושה לבא לב"ד לתבוע מבעלה מה שמחל ולכך לא סמכא דעתה וכולי עיין שם א"כ במוכר קרקע דאין לו בושת לבא לב"ד לתבוע מהלוקח מה שמחל סמכא דעתיה ואע"ג דאמרינן בפ' הא"מ מנה חסר דינר כסיפא לה מילתא למיתבעיה מנה חסר ל"ט לא כסיפא לה מילתא למיתבעיה עיין שם אלמא דוקא דבר מועט בושה היא לתובעו שאני התם דנתרלית היא מתחלה אבל הכא אם ימחול השטר חוב בושה לתובעו בב"ד וא"כ ה"נ במעמד ג' אפילו למ"ד יכול למחול ובאשה שאינה מקודשת משום דלא סמכא דעתה מודה במוכר קרקע כיון דחייב לשלם בב"ד סמכא דעתיה לתובעו בב"ד :

ט' כתב מהר"ס גאלנטי סימן ס"ו לא מלינו בשום מקום שיקנה אדם קרקע בכסף במ"ש אע"ג

אע"ג דיקבל עליו ליקח הדמים מהשליש כיון שאינו נותן בידו הכסף ולמ"ד דגבי קידושי אשה מקודשת כדין מעמד ג' נ"ל המוכר ביתי מכורה בחוב שיש לך ביד זה במ"ש דומיא דקידושי אשה שא"ל הרי את מקודשת לי בחוב זה שיש לי ביד זה במעמד שלשתן עיין שם ורבינו האיי בספר המקח שער י"ג דף ל"ג עמוד שני כתב וזה לשונו או כגון ראובן דזבין חפץ לשמעון בדמים קצובים ואותם דמים הם אצל לוי ואמר שמעון ללוי תן אותם דמים לראובן במעמד ג' קנאם ראובן ואין המוכר רשאי לחזור בו וכו' אבל הלוקח כשנטל החפץ מיד השליש שהיה בידו ידו על העליונה וכו' עיין שם ולכאור' נר' דס"ל דלא קנה החפץ במ"ש של הדמים דא"כ אמאי הלוקח יכול לחזור דאי משום דחכמים תיקנו שלא יקנו המטלטלין במעות גם המוכר יכול לחזור אלא דלענין המעות קאמ' דקנאם המוכר ואין יכול לחזור (א"ה עכ"מ) :

יו"ד דין ב' אבל אם לא היה וכו' הנ"י כת' בשם גאון דחנוני ושלחני כיון דאומנותם הוא גמרי ומשעבדי נפשיהו אפילו אין בידם כלום עיין שם אבל ראב"ן בתשו' סימן פ"ג סב"ל דאפילו חנוני יכול לחזור ואפילו בקנין עש"ב וכ"כ הריטב"א בחי' לשבועות ד' מ"ז עיין שם ועי' בהש"ך :

י"א אבל אם לא היה בידו וכו' ה"ד אם אינו חייב כלל אבל מי שיש בידו או ביד שלוחו פקדון מאחר וא"ל בעל הפקדון תן אותו פקדון לפ' פשיטא שקנה אותו פ' במעמד ג' ששלוחו של אדם כמותו ומה שהוא ביד שלוחו הוי כמי שהוא ברשותו וכו' המבי"ט ח"א סימן ט"ו עיין שם וז"ל התוס' בגיטין די"ג ע"ב בד"ה גופא וכו' אומר ריב"א וכן ר"ת דבמ"ש קנה בע"כ של לוה או של נפקד דאי לא קנה אלא מרצונו למ"ד דוקא בפקדון קנה למה הוצרכו לתקן מ"ש יאמר לו זכי וא"כ לומר דהוצרכו לתקן למקום שאין הפקדון ביד הנפקד אלא ביד אחרים דלא יועיל אם יאמר זכי וכו' וכן תי' התוס' בבתרא ד' פ"ה בד"ה ה"ג וכו' עיין שם ורבי' האיי בס' המקח שער י"ג כ' וז"ל אבל אתה מוצא המתנה שהיא מקויימת אע"פ שאינה במ"ש במכירה כגון שהוא פקדון שהפקיד ראובן אצל לוי חפץ ששוה מנה ואין בינו לבינו לא חשבון ולא דבר בעולם ומכר אותו חפץ בעינו לשמעון וא"ל ראובן ללוי תן לי אותו חפץ שכבר מכרתיו אליו אע"פ ששמעון אינו במעמדם כיון שקבל עליו לוי ואמר אתן קנה שמעון מיד דכיון דנתברר הדבר ללוי שראוי שמעון לזה החפץ בקנייתו אותו מראובן א"צ להיות שמעון במ"ש וע"כ לא בעי מ"ש אלא היכא דהוי מתנה שהשליש הזה אינו יודע מה יש ביניהם וכו' והביא ההיא דברשות הלה המופקדים וכו' דפ' הספינה עש"ב ולפ"ז ניחא דצריך מ"ש בפקדון במתנה אבל במכר פקדון כיון שקיבל עליו הנפקד ליתן זכה וא"צ מעמד ג' ומ"מ לכ"ע אפילו אין הפקדון ביד הנפקד קנה במעמד ג' :

י"ב ואפי' פרע וכו' כ' מרן הב"י מדברי הרמב"ם שכתב לפיכך אם לא פרע לוי לשמעון חוזר שמעון ותובע את ראובן וכו' נר' לכאור' דאם לא חזר בו לוי אין שמעון יכול לחזור מיהו א"ל דאורחא דמילת' נקט ע"ש ומדברי הרמב"ם בפ"ו מה' מלוה דין ד' שכ' וז"ל אם רצה שמעון שלא יתן לא יתן וכו' וכן אם רצה לוי לחזור ולומר איני רוצה לגבות משמ' חוזר וגובה מראובן וכו' משמע דאפילו רצה שמעון ליתן אם רצה לוי לומר איני רוצה לגבות משמעון חוזר ועי' בתשו' הרשב"ץ ח"א סי' קכ"ב :

י"ג דין ז' ואפילו לא נתרצה וכו' כ"כ התוספות פ"ק דגיטין בשם ר"ת וריב"א וכן הסכים הרא"ש שם ובשאלו' ותשובות בשמים ראש סימן כ"ה וכ"כ הטור בשם הרמ"ה ודברי הרמ"ה הם בפ' מ"ש סימן ק' עיין שם וכן דעת הרשב"א בתשו' ח"ב סימן שע"ח עיין שם ומהרש"ל בים"ש פ"ק דגיטין סימן ל' ובפ' החובל סימן כ"ז הסכים דבעי' שנתרצה עיין שם וכן כתב הרשב"ש סימן קי"א דהרמב"ן והרשב"א ס"ל דאינו יכול לכופו וכיון שהוא מחלוקת ודבר זה הילכתא בלא טעמא הוא הבו דלא לוסיף עלה ע"ש ואיברא דהרשב"א בחי' ס"ל הכי אבל בתשובות ס"ל כר"ת וכבר הש"ך הביא כמה פוסקים דס"ל דאינו יכול לכופו והסכים כן עש"ב ואנו אין לנו אלא כפסק מרן וכן כתב הרדב"ז בתשובו' ח"ג סימן תקע"ד שכן עיקר עיין שם :

י"ד ואפי' לא נתרצה וכו' כ"כ התוספות פ"ק דגיטין בשם ר"ת וריב"א דאם לא כן למ"ד דוקא פקדון קנה ל"ל לתקן מעמד ג' יאמר לו זכי וא"כ לומר הוצרכו לתקן היכא שאין הפקדון ביד הנפקד וכו' ועוד דאף שאין הפקדון ביד הנפקד יקנה באודיתא וכו' עיין שם ונר' דאם היה חייב לאחרים אין הודאתו כלום במקום שחב לאחרים כמ"ש הרשב"א בתשובות ח"א סי' אל"ף ומ"ז ובתשובות ח"ב סימן רמ"ו דאם היה עליו כתובת אשה וב"ח ואמ' מטלטלין פ' הם של פ' אינו נאמן דחזקה כל מה שברשות האדם הוא שלו ואפי' במקום מגו אינו נאמן וכן כתב הרמב"ם פ"א מה' מלוה ע"ש וה"ה אם בעדים שהפקדון שביד שמעון הוא של ראובן שהיו כשמסרו ראובן לשמעון וא"ל שימכרנו לו וכו' דהרי הוא בחזקת ראובן כמבואר בסימן ל"ט עיין שם וא"כ אם ראובן חייב לאחרים והודה שהפקדון שמסר ביד שמעון הוא של לוי אין הודאתו כלום במקום שחב לאחרים אבל אם הקנה אותו ללוי במעמד ג' קנה ואין ב"ח של ראובן יכול לטרוף ממנו אבל אם נאמר דמעמד ג' לא יקנה בע"כ ל"ל לתקן מעמד ג' :

ט"ו דין ט' ואינו יכול וכו' ואם כפר שלא היה במ"ש ואין עדים אם היא מלוה בשטר ויש בו נאמנות נפרע שמעון מראובן בלא שבועה ואם אין בו נאמנות ישבע שמעון שלא הומחה במ"ש וגובה חובו מראובן ואם היא מלוה ע"פ ישבע ראובן שהמחהו במ"ש ויפטר משמעון ואם מודה שהומחה במ"ש אפילו אין עדים בדבר אינו יכול לחזור על ראובן מהר"ש יפה בתשובות מהר"י באסן סימן קי"ט עיין שם וכה"ג כתב בתשובות המיי' ופסקי מורם בסימן קכ"ט סי"ב גבי ערב דאם המלוה כופר שלא העמיד לו אותו ערב נשבע הלוה שהעמיד לו הערב ושפרע לו ונפטר ע"ש וה"ד במלוה ע"פ אבל במלוה בשטר נשבע המלוה שלא העמיד לו אותו ערב וגובה ממנו :

ט"ז וי"א שיכול לחזור וכו' כל זמן שלא פטר לוי את ראובן בפי' דשתיקה לאו כהודאה וכ' ה' נתיבות משפט ד' פ"א דאם א"ל הלוה אחר שהמחהו מעתה לא תובע ממני כלום ושתק כיון דכל שתיקה כהודאה הוי כאלו אמר כן המלוה עצמו כדאמרי' בהודה לענין אתם עדי ל"ש אמר לוה ל"ש אמר מלוה ושתק לוה וכו' עיין שם וליתא שהרי כתב הטור ומרן בסי' פ"א ס"ז וז"ל והא דמהני אתם עדי דוקא כשתבעו מנה וא"ל הן וא"ח אמר אתם עדי ושתק לוה אבל אם א"ל מנה לי בידך והלה שותק ואמר לעדים אתם עדי ושתק הנתבע אין שתיקתו כלום דלא הוי שתיקה כהודאה אלא

כשהודה

כשהודה לו תחלה וא"ל הן וכשא"ל התובע אתם עדי שתק אבל כששתק מתחלה ועד סוף יכול לומר לא חששתי להשיבך עיין שם בהש"ך ס"ק י"ז אלמא לא אמרי' שתיקה כהודאה אלא א"כ הודה בפי' מתחלה וה"נ כששתק וא"ל (א"ה עכ"מ) :

י"ז דין יו"ד וגמלא הלוה עני וכו' כ' מהר"א ששון סימן ק"ד וזה"ל' נראה דלוה זה מ"ל קי"ל דאף על גב שהייתי יוד' שהוא עני פטור כהרמב"ן אבל בנדון דידן כיון שהמלוה היא בשטר הרי כ' הרמב"ם טען לוי שהיה ראובן עני והטעהו ושמ' אומר עשיר היה והעני על שמ' להביא ראיה וכו' וכבר תמה עליו הש"ך ס"ק מ"ג דלהרמב"ן פטור כיון שהמחהו בסתם כדין אין לך בוכר גדול מזה וכו' וכתב ואולי דכוונת מהר"א ששון כיון שיש לחבירו שטר בידו הוה ליה כגבוי ולמ"ל קי"ל ומביא ראיה מהרמב"ם דכנגד השטר צריך להביא ראיה ברורה וזה שטוען קי"ל אינה ראיה ברורה אלא ס' אבל לפע"ד זה אינו וכולי עיין שם ולכאורה אם טענת קי"ל הוי ספק אפילו במלוה על פה חייב דהוי כאומר הלויתני ואיני יוד' אם פרעתיך דחייב וכן כתב הרב כנה"ג בסי' כ"ה הגב"י אות י"ב דאם המחלוקת הוא אי הוי פירעון או לא הוי פירעון חייב לשלם אפילו בידי. אדם דהוה לי' כאומר הלויתני ואיני יוד' אם פרעתיך דחייב וכ"כ מהרא"ח חלק שני סימן א' וי"ט דכשהמחלוקת היא על הפיטו' לא מלי למימר קים ליה וכן כ' מהרא"ד"ב למאן דאמ' טעני' קי"ל הוי ס' עיין שם ואם כן אי סביר"ל למהרא"ש דהוי טענת ספק אפילו במלוה על פה חייב אבל תמהני על הרב כנה"ג שהרי מהרא"ח חזר וכתב דאיני יודע אם פרעתיך דוקא חייב משום דהוי שמא גרוע דהיה לו ליד' אבל שמא טוב אפילו החיוב ברור וספק בפירעון יכול לו' קי"ל עיין שם באורך ואפשר דסבירא ליה דאף על גב דאומר הלויתני ואיני יוד' אם פרעתיך חייב היינו דוקא אם המלוה טוען ברית שלא פרעו אבל אם המלוה גם כן אינו יוד' פטור לכ"ע והכא נמי ספיקא דדינא דהס' לזה ולזה דכותה וכבר הרב מש"ל בפרק י"א מהלכות מכיר' דחה דברי מהרא"ד"ב דמדמי ספק דדינא לאומר איני יוד' אם פרעתיך דשאני הכא דאף אם המלוה אינו טוען ברי' שלא נפר' וכו' ועוד שאני איני יוד' אם פרעתיך דריע טענתיה דהיה ליה למיד' אם פרעו ומשום הכי חייב מה שאין כן בס' פלוגתא דרבוותא עיין שם וכן כ' מהרש"ת בתשו' סימן ע"ז עיין שם וכן כתב הרב מקיר ברוך סי' כ"ו בבעיא דרועה מזוין דלא הוי כברי בחובא וס' בחזר' מה"ט דשניהם מסופקים עיין שם ואם כן ה"נ במלוה על פה פטור דהוי כאלו המלוה והלוה טוענים ס' אם פרו' הוא או לא דלכ"ע פטור אבל במלוה בשטר דאם שניהם טוענים שמא הוא פרו' גובה בלא שבו' כמבואר בסימן פ"ב ס"ב עיין שם הכא נמי אם יד' שהיה עני לא מלי למימר קי"ל כהרמב"ן ליפטר כיון דפלוגתא דרבוותא היא אי חשיב פירעון או לא הוה ליה כשניהם טוענים שמא וגובה בשטר בלא שבו' אבל אין נראה כן דה"ד בפלוגת' דרבוותא (א"ה עכ"מ) :

י"ח דין י"א טען לוי שהיה שמעון עני וכו' וראובן טוען ברית אבל אם לוי טוען ברית וראובן טוען שמא פשיטא דחייב לשלם לו אפילו במלוה על פה דהוי כאומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב ה' פרישה עיין שם וכן כתב מהרש"ך ח"ב בנוספות סימן ו' דאפילו טען הלוה ברית שלא היה עני בשעת ההמחאה כיון דחוב בשטר הוא צריך להביא עדים ע"ז ע"ש וכו' דאם לוי טוען שמא וראובן טוען ברית אפי' במלוה בשטר פטור כמבואר בסימן כ"ט מלוה שהוציא שטר חוב מקויים וטען הלוה שהוא פרוע והמלוה אינו יודע אינו גובה בו ע"ש וה"נ שהמלוה טוען שמא כיון שהלוה טוען ברית שהיה עשיר והעני פטור וז"ל בעה"ת שער כ"ג בשם הר"י אברצלוני טען הלוה בודאי זה השטר פרו' והמלוה אומר א"י וכולי יש מי שר"ל שהשט' נעמיד בחזקתו וכיון שהלוה פשע ולא לקח שטרו מן המלוה בעת שפר' יכול המלוה לומ' ללוה שערך בידי מ"ב וכו' ונשב' המלוה שאינו יודע אם הוא פרו' או לא וגובה את שטרו ודמיא הא מילתא ליורשים בני המלוה שבאים ליפר' מן הלוה שנשבעים שבו' היורשים וכולי ויש מי שר"ל שאינו דומה האב ליורשים כי היורשים הקילו חכמים עליהם לישב' וליגבות מפני שהם אנוסים ולא פשעו בדבר ולא הו"ל לדקדק אבל זה האב שהיה פוש' דהי"ל למידק וכו' וזה טענתו ברית והוא בא בטענת שמא יש לנו לומר אוקי ממונא בחזקת מריה ואיתרע שטרא ואינו גובה בו כלל עכ"ל ונראה דגם מ"ד התם דאפילו המלוה מסופק גובה בשטרו ה"ד משום שהלוה פשע ולא לקח שטרו מן המלוה בעת שפרעו אבל הכא בהמחאה דלא שייך ה"ט מודה דאם הלוה טוען ברית והמלוה טוען שמא איתרע שטרא ול"ל התם דאינו גובה שטרו מספק היינו משום דהמלוה פוש' דהי"ל לידע בשטרו אם פרו' או לא כמ"ש בעה"ת והטור סימן כ"ט אבל הכא לא פשע דלא הי"ל לידע אם היה עני ודמי ליורשים דגובה בשטר מה"ט דה"נ הי"ל לשאול וגדולה מזו כ' הרמב"ן בתשו' שהביא בעה"ת שכ"א ח"ו סימן ט' דסבור שהוא עשיר והוא עני בין שהממחה יודע בו בין שאינו יוד' בו פטו' דהו"ל לשאול עליו עיין שם והכא נמי לדידן מקרי פוש' דהי"ל לידע וכשטען שמא והלוה טו' ברית שהיה עשיר והעני פטור אבל מדברי מהרש"ך משמע דאפילו טוען שמא גובה בשטרו וכן כתב מהריט"ץ סימן י"ט דאפילו טוען שמא גובה בשטרו שהרי כתב המ"מ דאם יש ספק בדבר על שמעון להביא ראיה ול"ל דמ"ש המ"מ אם יש ספק בדבר ר"ל שיש לב"ד ספק בדבר אבל המלוה טוען ברית ואם אינו טו' ברית אין צריך להביא ראיה הא ליתא דאם הוא מפני שטו' ברית היה די שישב' לו הלוה על טענתו אלא ודאי אפילו לא טענו ברית צריך להביא ראיה ומ"ש הרמב"ם טען לוי שהיה ראובן עני וכולי ל"ד שטען ברית שהיה עני אלא אפילו שמא תדע מדלא הצריך שישב' לוי על טענתו שהיה עני עיין שם באורך ודבריו תמוהים מ"ש מדין מלוה בשטר והמלוה מסופק אם פרו' אם לאו והלוה טו' ברית שפרעו פטור ומהריט"ץ עצמו סימן מ"ג כ' שכך הדין אף שלא בא בדברי הפוסקים מפו' דאם המלוה מסופק אם פרו' אם לאו והלוה טו' ברית פרעתי פטור משום דהמלוה היה צריך שבו' ואין יכול לישב' עיין שם ולא ראה דברי בעה"ת והטור שכ' דין זה ולא מטעמיה דהמלוה אינו יכול לישב' דהא יכול לישב' שאינו יודע ויגבה כמו היורשים אלא משום דאיתרע שטרא דהי"ל לידע בשטרו אם פרו' אם לאו וה"נ איתרע שטרא וא"ל דמהריט"ץ הכא אזיל לטעמיה דס"ל התם דאם המלוה מסופק בשטרו אם פרו' אם לאו ה"ט דאינו גובה בשטרו משום שצריך שבו' ואינו יכול לישב' אבל הכא דס"ל דא"ץ שישב' על טענתו שהיה עני א"כ אפי' הוא מסופק גובה בשטרו וס"ל דהא ל"ד לטענת פירעון דשטר עומד לפירעון אלא לטענת מחילה או אמנה ורבית דא"ץ לישב' עליהם משום דאין השטר עומד לכך וה"נ לגבי טענה זו אם היה

היה עני או עשיר מעמידים השטר בחזקתו ולפ"ז אם הלוה טוען מחלת לי והמלוה מסופק אם מחל לו הכא נמי דגובה בשטרו מספק כיון דא"ן שבו' מעמידים השטר בחזקתו אבל נעלם מה' דברי בעה"ת שכ"ח והטו' בסימן זה דאם אין בשטר נאמנות ישב' לוי ויטול ע"ש ול"ל דהם אזלי לטעמיהו דס"ל כהרמב"ן גבי טענת מחיל' דצריך לישב' כמ"ש בעה"ת שכ"א חלק שני והטור סימן פ"ב אבל למ"ד התם דגובה בלא שבו' הכא נמי דכותה דמדברי בעה"ת משמע דלכ"ע צריך שבו' הכא ושכן דעת הרמב"ם ע"ש וכן מרן בסימן פ"ב ס' י"א כ' באחרונה דעת מי שאומר בטענת מחילה א"ן שבו' והכא פסק דצריך שבו' אלמא ס"ל דמדמי' לטענת פירעון :

י"ט ישבע לוי ויטול וכולי שבו' בנק"ח כשא"ל ראובן השב' לי הש"ך עיין שם ועיין בהש"ך סימן כ"ח ס"ק ד' וגם הסמ"ע שם בס' כ"ח דס"ל דאפילו לא טען הלוה השב' לי טעני' ליה כיון דאיכא ריעותא דהודה לו עיין שם כו' דלא חשיב ריעותא הכא ואינו נשב' אלא א"כ טען לו השב' לי ככר' בהדיא מדבריו וכ"כ ה' נתיבות משפט ד' פ"ד סע"ב ע"ש :

כ' נאמן ראובן בשבועת היסת וכו' במגו שהיה אומ' פרעתיך ונשב' היסת ונפטר וכולי הטור ובעה"ת שכ"ח עיין שם לכאורה נראה דסבירא ליה דזו טענה גרועה היא ואינו נאמן אלא אם יש לו מגו דפרעתיך וא"כ אם הוא בתוך זמנו או התנה עמו שלא תפרעני אלא בעדים ויש עדים בתנאי וטען שהיה עשיר והעני אינו נאמן כיון דליכא מגו דאף ע"ג דאם טען פרעתיך בפני עדים והלכו להם למדינת הים או מתו נאמן מ"מ אינו נאמן בטענה אחרת במגו דאין זה מגו טוב דאינו טוען כך ברצון שכל העולם ידעו שהדבר שקר ולכך הרחיק עדיו כמבואר בסימן ע' עיין שם בב"י וכן כתב הכנה"ג דבתוך הזמן אינו נאמן מיהו אם ההמחא' בתוה"ז והמחלוק' לאחר הזמן מתוך שיכול לומ' פרעתיך היום נאמן לומר שההמחאה כדין וא"ל דהוי כמגו במקו' עדים דאין יכול לומר פרעתיך היום והוא כבר המחהו ואין אדם ממחה וחוזר ופורע דא"כ אפי' ההמחאה לאח"ז איך נאמן שהמחהו כדין במגו דפרעתיך כיון דכבר המחהו ול"ל שההמחאה היתה שלא בעדים ומגו שיכול לומ' פרעתי' ולא המחיתי לך נאמן לומר שהמחהו כדין דא"כ אדמפליג בין מלו' על פה בין מלו' בשט' ליפלוג במלוה ע"פ בין המחה בפני עדים להמחה בלא עדים ועוד דאפילו המחה בלא עדים ליכא מגו דניחא ליה לומר שהמחהו כדין מלומר פרעתיך ולא המחתי דלוי לוה של ראובן יודע בשקרו והו"ל ע"א דחייב דצריך לישב' להכחישו ואפשר שהעד ובעל דבר יפסלוהו לעדות ולשבו' אלא ודאי כשטו' פרעתי אחר ההמחאה ואפ"ה נאמן במגו ולא אמרינן אין אדם ממחה וחוזר ופור' וה"נ בהמחאה תוך הזמן והמחלוק' לאח"ז נאמן לומר שהמחהו כדין במגו דפרעתיך היום עיין שם והנה מ"ש דאפילו המחהו בלא עדים ליכא מגו משום דהיה צריך לישב' להכחיש העד ז"ל התו' בבתרא דף ל"ד בד"ה הוי וכו' ואם תאמר ולהימנה בשבו' במאי דאמר דידי חטפי במגו דאי בעי אמר לא חטפי וכו' ול"ל דהא לא חשיב מגו דלא הוי חליף למימר לא חטפי להכחיש את העד או משום שירא שלא יפסלוהו לעדות העד ובעל הגזלה וכולי דהא משמ' דאי לאו עד אחד מחייבו היה פטור והיינו ע"כ במגו וכולי ואומר ר"י דודאי אם לא היה העד מחייבו שבו' היה נאמן במגו דאי בעי אמ' לא חטפי שיכול להעיז פניו להכחיש את העד בלא שבו' אבל השתא דמחייבו שבו' לא מהימן בשבו' על ידי מגו שהיה יכול להעיז פניו ולישב' בדבר שהעד מכחישו אבל ק' וכו' לכן נראה כמו שפירש ריב"ם דודאי הוי מגו ולהכי פטר רב ושמואל דנאמן בשבו' במגו דאי בעי אמר לא חטפי ור' אבא סבר דאף על גב דלית ליה מגו דכיון דאיכא עד אחד המחייבו שבו' מ"מ כן הוא הדין שישב' להכחיש את העד או ישלם ואין מועיל לו מגו ליפטר עכ"ל הרי דר"י סבירא ליה דאינו נאמן במגו שהיה יכול להעיז פניו ולישב' בדבר שהעד מכחישו והתוספות דחו זה והסכימו לתירוץ ריב"ם וכן כתב הרשב"א הובא בש"מ שם ובתשו' חלק שני סימן עיין שם ואם כן לדעת התוספות וריב"ם נאמן במגו שהיה יכול להכחיש העד ולישב' ואפשר לומר שכן דעת בעה"ת והטור דאם המחהו בלא עדים נאמן לומר המחהו כדין דמגו שהיה יכול לומר פרעתיך ולא המחתיך ועיין בפרים' שכ' דאין נאמן הנמחה לו' עני היה או עשיר היה והעני שמא עשו קנוניא או שא' נוח לו מן השני ע"ש ואם כן אפילו לוה שלו יוד' בשקרו לא חשיב עד אחד ויכול להכחישו שלא המחהו ואינו מחוייב שבוע' מהאי טעמא אבל קשה דהסמ"ע סי' קכ"ג ס"ק י"ז כ' וז"ל ונראה דשאין ללוה עתה ממה לשלם מקבלין עדותו על הקבלן או על הערב להוציא מידו ולשלם ולא אמרי' שיחש' נוג' בדבר כי יחשוב היום או למחר יהיה לו ממה לפרו' ויגבה המלו' מידו ולכך רוצה שיגב' חובו עתה מהערב שהרי אין לו ריוח בזה שגם עתה שיפר' הערב יחזור הערב עליו כשיהיה לו מה לפרו' ודוחק לומר משום דהב' נוח לו והראשון קשה ועוד דלא נחשב עבור זה נוג' בדב' כדאמרינן בפרק ח"ה וכו' עיין שם בהש"ך וכבר כתבתי שם דברי הרמ"ה עיי"ש והכא נמי הלוה שהוא עני ואין לו מה לשלם לא הוי נוג' בדבר ולא אמרינן דכשיהיה לו למחר מה לפרו' הראשון נוח לו והשני קשה ואם כן לתי' ר"י דלא אמרינן מגו שהיה יכול להעיז פניו ולישב' בדבר שהעד מכחישו והכא נמי לא אמרינן מגו שהיה יכול לומר פרעתיך ולא המחתיך להכחיש העד ולישב' אבל לדברי ריב"ם שהסכימו התו' עמו אמרי' מגו שהיה יכול להכחיש העד ולישב' ואם כן אפשר לומר שכן סובר בעל התרומו' והטור מיהו יש להכריח כן שהרי הטור בסימן רצ"ו כ' גבי פקדון דנאמן במגו דנאנסו צריך לישב' שבו' דאורי' בנקיטת חפץ כאלו היה נשב' אלו היה טוען נאנסו ע"ש ואם כן הכא נמי אם אינו נאמן אלא במגו שהיה יכול לומר להכחיש העד צריך לישב' שבו' דאורייתא והטור כ' נאמן במגו שאם היה אומר פרעתיך היה נשב' היסת ונפטר עיין שם משמ' דגם בטוען פרעתיך היה נשב' היס' וא"א שהיה טוען פרעתיך ולא המחתיך צריך שבו' דאו' להכחיש העד וגם בטענה זו שהמחהו כדין כיון דאינו נאמן אלא במגו צריך שבו' דאו' אלא ודאי שיכול לו' פרעתיך אחר ההמחאה דאינו מכחיש העד אך קשה שהרי כתב הרא"ש הביאו הטור דהמחהו אצל חבירו שלא היה בידו כלום דלא קנה אינו נאמן לומר שפרעו אחר כך עיי"ש והכא נמי אינו נאמן שפרעו אחר ההמחאה (אמר המגיה עד כאן מצאתי) :

כ"א דין י"ג ואם לא המחהו בעדים וכו' יש מי שאומר שנאמן וכו' אם המחהו בפני עד אחד כתב מהרימ"ט חלק א' סימן כ"ו דלמאן דאמ' הודאה בפני עד אחד אינה כלום ואין צריך לישב' ודאי נאמן לומר טעיתי אבל למאי דקיימא לן בכו' פ"ק דהודא' בפני עד אחד הוי הודאה לישב' נראה דאינו נאמן לומ' טעיתי דודאי דקדק כשהודה ושמא תאמר כל שאין כאן אלא

אלא עד אחד סלקא דעתך שיאמינו בטעה דמ"ל לשקר הרי הוא יכול להכחיש העד מיהו בב' עדים אף על גב דיכול לומר פרעתיך אחר כך לא אמרינן סמך שיאמינהו במגו שיכול לומר חזרתי ופרעתי דמתיירא הוא שמא יתבענו לאלתר לב"ד שלא יזוז יד העדים מתחת ידו ויוצא ממנו או יאמר אל תפרענו אלא בעדים דאם כן אף בהודאה בפני עד אחד שסמך שיאמינהו במגו שיכול להכחישו אלא ודאי אין זו סמיכה וכו' אי נמי דהוי העזה כשהכחיש את העד ושמא יפסלוהו לעדות ולשבו' עיין שם באורך וכו' שתפס דעת הרא"ש דאינו נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי ודוקא אם המחהו בעדים לא אמרינן שסמך שיאמינהו במגו דפרעתיך דמתיירא הוא שמא יתבענו לאלתר בבית דין או שמא יאמר לו אל תפרעני אלא בעדים ואף שהרא"ש ס"ל דוקא כשקיבל דבריו אז אין חילוק בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה אבל אם לא השיב לו על דבריו אלא שתק בזה יש חי' בשעת הלואה אפילו לא אמר הן אלא שתק שתיקתו הוי הודאה דדעתא דהכי קיבל המעות אבל שלא בשעת הלואה צריך לקבל עליו בפירוש וכו' ואם כן הכא בהודאה אינו מתיירא שיאמר לו אל תפרעני אלא בעדים דאפילו שתק אינו כלום מכל מקום אנן קיימ' לן דאפילו אחר הלואה וא"ל כן אפילו לא קיבל צריך לפורעו בעדים כמבואר בסימן ע' עיין שם אבל אם לא המחהו בעדים נאמן שסומך שיאמינהו במגו דלא היו דברי' מעול' אבל לדעת בעה"ת אפי' המחהו בעדים נאמן במגו דפרעתי וכתב הסמ"ע ס"ק ט"ל דאינו מתיירא שמא יתבענו לאלת' דבתוך הזמן אינו תובעו עיין שם ונראה דאף בעה"ת ש' כ"ה סבי"ל דאפילו אחר הלואה מהני תנאי דאל תפרעני אלא בעדים הכא לא חייש שמא יאמר לו אל תפרעני אלא בעדים ומכל מקום בעד א' נראה דלכ"ע אינו נאמן דלא אמרינן מגו דלא היו דברים מעולם שהיה מכחיש את העד ולהעיז פניו או שירא שמא יפסלוהו לעדות ולשבועה ואף שהתוספות בפרק ח"ה דף ל"ד בדבור המתחיל הוי וכו' דחו זה דלא חיישינן שמא יפסלוהו כבר כתב ה' כנה"ג בסימן פ"ב אות קל"ב דהתוספות בפ' הכותב והר"ן בפ' כל הנשבעין והמרדכי בפרק ח"ה סבירא להו דאפי' בלא שבו' לא אמרינן מגו להכחיש את העד וכן דעת הרמב"ן והריטב"א ע"ש ואם כן כל שכן אם היה צריך לישב' נגד שעד דלא אמרינן מגו שהיה מעיז פניו לישב' נגד העד ונראה דגם למסקנת התוספות בפרק ח"ה דל"ד דאמרי' גונו אף שהיה צריך לישב' נגד העד הכא אינו נאמן לו' טעיתי במגו דלא היו דברים מעולם דהא דמיא לנסכא דר"א דהוי מחוייב שבו' ואין יכול לישב' וכן כ' הרמב"ם ומרן בסימן כ"ח בשטר בעד אחד וטען הלוה פרעתי דהוי מחוייב שבו' ואין יכול לישב' ומשלם וכתב הריב"ש בסי' של"ב דסבירא ליה כיון דאם היו ב' בשטר היו מחייבי' אותו ממון ואינו נאמן לומר פרעתי אף עד אחד בשטר מחייבו שבו' וכיון שהוא מודה שלוה ואינו מכחיש את העד הוה ליה כב' בשטר ואינו נאמן לומר פרעתי וכן כתב הרשב"א במיוחסות סימן ל' עיין שם והכא נמי כיון דאם היו ב' שהודה בפניהם היו מחייבים אותו ממון עד אח' מחייבו שבו' כיון שהוא מודה שהודה ואינו מכחיש העד הוה ליה כב' בהודאה ואינו נאמן לומר טעיתי וגם הרשב"א בתשוב' שם שחלק על הרמב"ם וז"ל ואינו כן אלא כ"מ שבנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבוע' כלו' שבנים מחייבים אותו ממון בעדותם ממש שאלו העידו ב' שהלוה אותו מנה והלה אומר לא הלויתני הרי זה מתחיי' על פה עדותם וכו' אבל כשהוציא עליו שטר שחותמין בו ב' והוא אומר שפר' אינו מחוייב לשלם משום עדותן ממש שהרי אין מעידין שלא פרעו והם אינם יודעין אחר שנגמר' עדותם אם פרעו אם לא ולא מחמת עדותם אנו מחייבי' אותו עכשיו אלא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וכו' עכ"ל ונראה דדוקא התם דנגמר עדותם לא נתחייב אלא על ידי חזקה אבל הכא דומיא דנסכא דר"א כמו דהת' דשנים מחייבים אותו ממון ואינו נאמן לומר דידי חטפי לכך עד אחד מחייבו שבו' ומתוך שאינו יכול לישב' משל' הכא נמי כיון דאם היו ב' בהודאה אינו נאמן לו' טעיתי עד אחד מחייבו שבו' ומתוך שאינו יכול לישב' משלם :

כ"ב ויש מי שאומר דאינו נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי וכו' מדברי התוספות והרא"ש נר' לכאורה דאפילו ליכא עדים דאיכא מגו דלא היו דברים מעולם אינו נאמן דאם לא כן לוקמא בליכא עדים וכן כתב מהרשד"ם סימן ע"ד עיין שם וכן כתב הריטב"א בחי' שם וז"ל ואיכא דמקשה למה ליה עדים אפילו בלא עדים נמי יהא נאמן במגו דיכול לומר לא היו דברים מעול' ויש מי שתי' דלא מהימן משום מגו דהוה ליה מגו במקו' עדים או מגו במקום חזקה דאי לא דדייק טפי מעיקר' לא הוה משעבד נפשיה וכו' עיין שם ומה שהקשה הרב פני יהושע' בחי' שם דבשלמא כשיש עדים אינו נאמן במגו דהוי כמגו במקו' עדים אבל כי ליכא עדי' אמאי אינו נאמן במגו דלא היו דברים מעולם ול"ל דהוה ליה כמגו במקו' חזקה דחזקה כיון שהודה במ"ש מגו במקום חזקה בעיא היא ולא איפשטא וקיימא לן קולא לנתב' ועוד נראה לי דהכא לא מקרי מגו במקום חזקה כיון דחזקה לא נודע' לנו אלא על פה והוה ליה הפה שאסר וכו' ע"ש באורך ולא קשיא מדי דאפילו ליכא עדים הוה ליה מגו במקום עדים וכי האי גוונא כתב מהר"ס בתשוב' דשייכי לסדר נזיקין סימן י"ב וז"ל ואפילו אין עדים שקלץ נטיעותיו לא מהימן לומר אתה אמרת לי לקוצצו במגו דאי בעי אמר לא קצצתי וכו' ואם תאמר אמאי לא מהימני' ליה במגו ויש לו' דהוה ליה מגו במקום עדים דאנן סהדי דמשקרי דאין אדם נותן רשות לקצוץ נטיעותיו שאין עומדי' ליקצץ וכולי עיין שם וכן כתב הנ"י בפרק החובל דאינו נאמן במגו דלא היו דברים מעולם דהוי מגו במקום חזקה ופ' מור"ס בסימן שפ"ב עיין שם אלמא אפילו ליכא עדי' ולא נודע' החזקה אלא על פה לא אמרינן מגו במקום חזק' וכבר כתב הרב כנה"ג בסימן שפ"ב משום חזקה אלימת' היא ומגו במקום חזקה אלימת' לא אמרינן עיין שם והכא נמי אינו נאמן במגו דלא היו דברים מעולם דאנן סהדי דלא טעה והוי כמגו במקום עדים או במקום חזקה אלימת' וכן כתב מהר"ס בתשו' הקצרות סימן קס"ו וז"ל לא מיבעי' אם יש עדים שמ' המעיד לראובן ערב עבור מעותיו דאז מוכרח מילתא שלא נתנם לו במתנה גמורה וכו' אלא אפילו אין לו לראובן עדים שהעמיד לו שמעון ערב לא מהימן שמ' במגו דלא העמדת לך ערב ולא הודיתי לך מעולם דמגו במקום עדים הוא דאנן סהדי דאינו אמת מה שטען בו דמגו במקום עדים לא אמרינן כמ"ש ר"ת בסוף פרק קמא דגיטין גבי הנהו גינאי וכו' ע"ש באורך הרי דאפילו ליכא עדים אינו נאמן במגו דלא היו דברי' מעולם וכן משמ' מדברי מהר"י ן' מיגש בתשובות סימן כ"ז עיין שם והסמ"ע דקדק בלשון הרא"ש מדכתב דהוי מגו במקום עדים ר"ל עדים שהודה בפניהם מדלא כת' דהוי כמגו בכף הדמיון וכו' עיין שם וליתא שהרי בתשו' מהר"ס מבואר דאפי' בלא עדים אינו נאמן במגו דלא הד"מ וחשיב מגו במקום עדים משום דאנן סהדי וכו' ומסתמ'

הרא"ש

הרא"ש בשיטת מהר"ש רבו אמרה מיהו הרשב"א בחי' פרק קמא דגיטין כתב וז"ל והכא ה"ט משום דהוה ליה כמגו במקום עדים דאנן סהדי דלא משעבד נפשיה במעמד שלשתן אלא אם כן דייק וכו' ודוקא דשעבד נפשי' במעמד שלשתן בפני עדים אבל בינו לבינם במעמד שלשתן לבד נאמן דכל שלא בפני עדים לא דייק שפיר ע"כ לשונו הרי דסביר"ל דאם אין עדים בהמחאה נאמן ולא משום הפה שאסר וכו' אלא דכל שלא בפני עדים לא דייק ובלא מגו נאמן וכן משמ' מדברי הרמב"ן בספר הזכות סימן מ"ד לכ"ע נאמן לומר שטעה בהודאתו דמגו דלא היו דברים מעולם וכן דעת רוב הפוסקים הראב"ד והרשב"א והר"ן דדוקא הודה בפני עדים אמרינן דדייק וחזקה דלא טע' ואינו נאמן במגו אבל אם לא הודה בפני עדים לא דייק ונאמן במגו דלא היו דברים מעולם או במגו דפרעתי וכן הסכים רש"ל בפרק קמא דגיטין סימן ל"ח וכן הסכים הרב ש"ך עיין שם וגר' דאפילו היו עדים במעמד עמהם כגון שהכמין לו עדים אף על גב דליכא מגו דלא הד"מ מ"מ נאמן לומר שטעה בהודאתו במגו דפרעתי דכל שלא ראה העדים לא דייק :

כ"ג דין י"ד אם הנותן מודה שטעה וכו' הרמב"ן בס' הזכות סימן מ"ד הביאו בעה"ת שער כ"ח ח"ה דאם במעמד ג' לבד הקנה נאמן שאם ירצה למחול מוחל ושכן דעת הראשונים וכולי עיין שם וכן כתב הר"ן עיין שם וגר' דס"ל דמיירי במלוה ולא בפקדון ובמעמד ג' יכול למחול וכיון שיכול למחול נאמן בהודאתו שחבירו טעה וה' נתיבות משפט ד' פ"ז תמה דהר"ן הסכים דאינו נאמן אפילו ע"י מגו ומאי אולמיה דהאי מגו להאמינו בו נגד החזקה עיין שם וגר' דמגו דבידו למחול אלים ואמרי' מגו דבידו במקום חזקה כמ"ש הר"ן בפ' האומר דקידושין גבי מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים וכולי וז"ל ולענין הלכה משמע דקי"ל כרב דאינו נאמן לאסור דהא מ"ל לשקר כעדים דמי דקי"ל הלכה כרב מחבירו ואע"ג דבפ"ק דב"ב מ"ל אי אמרינן מגו אפילו במקום חזקה או לא התם הוא דמגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי אבל הכא מגו דבידו הוא שיכול לומר לעדים כתבו גט לאשתי סמוך למיתתו וכן חי' הרמב"ן והרשב"א בחי' שם הרי דיש חי' בין מגו למגו ומגו דבידו אלים ובמקום חזקה נמי מהני וא"כ אפשר דה"כ אע"ג דאינו נאמן לומר שטעה במגו שהיה טוען טענה אחרת כגון פרעתי מ"מ אם הנותן שהודה נאמן במגו דיכול למחול דמגו דבידו אלים ואמרינן אפילו במקום חזקה אלימתא אבל הרשב"א בתשובות ח"א סימן אל"ף ומ"ז ובתשובות ח"ב סי' רמ"ה כ' דאם היו עליו כתובת אשה וב"ח ואמר מטלטלין אלו של פ' אינו נאמן דחזקה כל מה שיש ברשות האדם שלו הוא ואפילו במקום מגו אינו נאמן כדאמרינן בפ' האשה שנתארמלה וכולי והא התם דא"ב מחיל ואפ"ה לא מהימן וכולי הרי דס"ל דאפילו מגו דבידו לא אמרינן במקום חזקה אלימתא וכן כתב בתשובות ח"ג סימן קל"ד עיין שם וכן דעת הרמב"ם בפ"א מה' מלוה ע"ש במ"מ :

כ"ד אבל אם אין לו נכסים וכולי לא מהימן וכו' כ' הרשב"א בחי' בפ"ק דגיטין וז"ל ומשום מגו דאי בעי מחיל ליה לא מהימן חדא דהכא משמע דפקדון הוא ולא מלוה ובפקדון לא מצי מחיל וכו' ועוד דהא אסיקנא לעיל דבמעמד ג' אם חזר ומחלו אינו מחול וכולי עיין שם ובלא"ה כבר כ' התוספות והרא"ש גבי האומר שטר אמנה וכולי למה לא יהיה נאמן במגו דא"ב מחיל משום דאין דעתו למחול ולהפסיד חובו שלא יוכל לחזור ולגבותו כיון שמחלו אבל כשטוען אמנה או פרו' אינו מפסיד ויודע בלוה שאינו גזלן וכולי עי"ש וה"כ לא רצה למחול ולהפסי' חובו אבל כשטוען טענת טעות לא יפסיד שאין הלוה גזלן שיודע שלא טעה בחשבון והרמב"ן תי' שם משום דחזקה כל מה שיש ביד האדם שלו הוא ואינו נאמן לומר אינו שלי כשחב לאחרים דאם הוא אמנה אמאי לא החזיר לו השטר וכן כתב הרשב"א בתשובות ח"א סימן אל"ף ומ"ז דכל המטלטלין ברשות האדם חזקה שלו הם ואפילו במקום חזקה אינו נאמן לומר של פ' הם כדאמרינן בפ' האשה שנתארמלה וכולי והא התם דאי בעי מחיל ואפ"ה לא מהימן וכו' וכן כתב בתשובות חלק שני סימן רמ"ה וחלק ג' סימן קל"ד עיין שם באורך וה"כ למ"ד דאין הלוה נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי דהוי כמגו במקום עדים ה"כ אין המלוה נאמן לחוב לאחרים במגו דיכול למחול מה"ט דלא אמרי' מגו במקום חזקה אלימתא כעדים אלא משום דהראב"ד ס"ל דנאמן הלוה במגו כמ"ש הרשב"א שם לכך הנ"ל דגבי המלוה ליכא מגו דאינו יכול למחול :

כ"ה הג"ה ואפי' יש עד אח' שמעיד כדבריו וכולי כ"כ הר"ן והרשב"א בחי' שם וז"ל ולעד א' מעידה שהיא פרועה נמי לא דמי דהתם דיכולה לישב' נשבעת ונוטלת אבל האי מריה ארעא דאינו יכול לישבע נוטל בלא שבועה דהיא תקנתא היא והיכא דאפשר אפשר והיכא דלא אפשר נוטל בלא שבו' עכ"ל ולכאורה קש' ממ"ש הרשב"א בתשובות סימן תתקע"ו ובמיוחסות סימן פ"ה בשטר שהמלוה מודה שנפרע מקלא ומקלא אינו יודע וז"ל ועד כיון שהודה שקבל ממנו מקלא כבר פגם שטרו ותנן הפוגמת כתובת' לא תפרע אלא בשבועה וכיון שאפילו אם טוען ברי' שלא קיבל לא היה נפרע אלא בשבועה עכשיו שאינו יודע אינו יכול לישבע אינו נוטל עכ"ל והא שבועה דפוגם שטרו נמי תקנתא ולא אמרינן דלא תקנו כשיכול לישבע וזה שאינו יכול לישבע נוטל בלא שבועה וי"ל דשבועה דפוגם שטרו משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק ועל ידי השבו' דייק וא"כ כשאינו יכול לישבע נאמן הלוה שטוען ברי' ודייק טפי אבל שבועה דע"א כדי להפיס דעת הלוה כדאמרינן בפ' הכותב לא תקנו כשאינו יכול לישבע :

כ"ו וחוזר וגובה אותו מהנותן וכו' הש"ך תמה למה חייב לשלם דאין זה אלא גרמא וכו' וכן מהרש"ל בים"ש פ"ק דגיטין סימן ל"ו עש"ב :

כ"ז דין ד' מעמד ג' ע"י שליח לא מהני כן דעת רוב הפוסקים וטעמא כיון דהוי הילכתא בלא טעמא הבו דלא לוסיף עלה הרדב"ז ח"ג סימן תרמ"ט עיין שם :

כ"ח יש מי שאומר דמהני וכולי כ"כ הרא"ש והר"ן ור' ירוחם וכת' הש"ך דאין מי שחולק בזה ומרן שכ' יש מי שאומ' וכולי משום דלא נמצא דין זה מפורש בשאר פוסקים עיין שם אבל הרדב"ז בתשו' ח"ג סי' תקע"ד כ' מסתברא לי שאם הנותן או המקבל עשו שליח לא קנה אבל אם הלוה או הנפקד עשו שליח כדי שיהא במקומו במ"ש שלוחו כמותו עיין שם הרי דס"ל דשליח המקבל לא מהני וכ"כ מהרש"ל בפרק קמא דגיטין סי' ל"ז שכן דעת שאר פוסקים שלא חי' בין נותן למקבל וכן מסתבר עיין שם :

כ"ט אבל אם לא עשאו שליח וכולי כ"כ הטור אבל בעה"ת שכ"ח ח"ד כ' וז"ל גם יש לעיין

לעיין ראובן שאמר לשמעון מנה שיש לי בידך תנהו ללוי שיזכה בו ליהודה ויהודה אינו במעמדם אך לוי וראובן ושמעון הם במעמד א' וזה נראה ממ"ש הרי"ף בההיא דקמא וכולי אגן יד עניים וכולי דמטעם מעמד ג' זכו בהם נראה מדבריו שזכה יהודה בהמחאת לוי ומסתברא דהאי סברא ליתא דלוי הא לא קני מיד כל זמן דלא אתי לידיה אלא במה זכה יהודה אלא נראים הדברים כמ"ש רבי' אפרים וכולי דההוא פלגא דוזא כבר מטא ליד ר' יוסף וכולי עכ"ב הרי דמדמו לה להאי יד עניים וכולי וא"כ למאי דקיי"ל כהרי"ף וכמו שפסק הטו' ומרן בי"ד סימן רנ"ח דמי שהיה לו חוב ביד א' ואמר חוב זה שיש לי ביד פ' יהיה לצדקה אם אמר כן בפני ב"ח ובפני גבאי או בפני אדם חשוב שבעיר זכה בו הגבאי או אדם חשוב מדין מ"ש ע"ש ה"נ זכה וכ"כ הריטב"א בחי' לקידושין ד' כ"ז וז"ל וס"מ דמ"ש דכל כה"ג שאמ' תנהו לפ' זה שיזכה בו לפלו' זכה ע"ש וכן הסכימו ה' המאירי והרא"ה הובאו בספר א"ז בפ' שור שנגח עם הרי"ף דזוכה במ"ש לאחר עיין שם והש"ך כ' ודלא כבעה"ת וכולי עיין שם שלא ראה דברי הריטב"א והרא"ה והר' המאירי דס"ל דזוכה במ"ש לאחר וכבר ה' דברי אמת בקו' ז' השיגו מדברי הריטב"א ע"ש וראיתי למהרש"ל ביש"ש פרק קמא דגיטין סי' ל"ז שכ' וז"ל דשאר המפרשים הביאו דברי הרמב"ן ולא חילקו בין הנותן למקבל וכן מסתבר שלא לחלק וכולי וא"ת דע"י שליח ה"ה נמי בלא שליח דזכייה מטעם שליחות הוא וזכין לאדם שלא בפניו וכי היכי דבלא שליח פשיטא דלא מהני בלא מ"ש א"ל שיאמר זכה ויהא הממון ביד הנפקד ה"נ עם השליח ודומה לזה כ' התוס' על התופס לב"ח וכולי עיין שם ונראה שזה דעת ר' אפרים ובעה"ת דבלא שליח ודאי דלא זכה כל שלא בא בידו וה"ה ע"י שליח דזכייה מדין שליחות ולכך דחו דברי הרי"ף דס"ל דגבאי לא עדיף משלי' דכיון דקי' לן דשלוחו של אדם כמותו מדין שליחו' ואפ"ה לא מהני מ"ש בזכייה ושליחות וה"ה ע"י גבאי והתימא על מהרש"ל שלא ראה דברי בעה"ת דסבירא ליה שלא כדעת הרי"ף מיהו ק' דהא בפ"ת דקידושין איבעיא לן שדה לא' ומטלטלין לא' מהו וכולי ת"ש עיסור שאני עתיד למוד כתון לר"ע וכולי ואבע"א שאני ר"ע דיד עניים הוא עיין ש' ברש"י אלמא יד גבאי עדיף משליח דאם שליח מהני ה"ה בלא שליח דזכיה מדין שליחות וכן פסק מרן בסי' ר"ב דאם קנה שדה לאפטרו' ומטלטלין ליתומים קנה וכ"ש גבאי עיין שם בההמ"ע ס"ק י"א אלמא אפילו במקום דע"י זכייה ושליחות לא קנו ע"י אפטרופוס או גבאי קנו וא"כ גם לפי' הרי"ף דמדין מ"ש זכו עניים אימא דהוא הדין בגבאי דיד עניים הוא ולא בשליחות וזכייה וכן הי' הש"ך בס"ק ע"א וס"ק פ"ו והוא מוכרח כמ"ש ובזה ניחא מ"ש מרן דין זה בשם יש מי שאומר והש"ך נדחק עיין שם דס"ל למרן דרבי' אפרים ובעה"ת חולקים ופשיטא דלא גרע גבאי משליח וא"א דע"י שליח מהני ובלא שליח לא מהני אמאי דחו פי' הרי"ף אימא דה"ה בגבאי דלא גר' משליח אבל ע"י זכייה לא מהני אלא ודאי ס"ל דאם ע"י שליח מהני ה"ה בלא שליח דזכייה מטעם שליחות ועיי' בה' מח"א בה' שותפים סימן א' :

ל' דין כ"א מעמד שלשתן ליתיה מפי הכתב וכולי עיין בס' משפטים ישרים סי' י"ג :

ל"א דין כ"ב ויש מי שחולק וכולי הרדב"ז ח"ג סימן תמ"ט כ' דתשו' הרי"ף לאו דסמכא היא שהרי לא כת' א' ממפרשי ההלכה ולא הרא"ש ואפילו תימא דסמכא היא וכתבה ה' יחיד הוא בדבר וכל הפוסקים חולקי' עליו וכ"ש לדעת מהר"י קולון שכ' נהגו לפסוק כהרי"ף במקום שאין התוס' חולקים וא"כ הדבר ברור שאין מעמד שלשתן בגוי וכן ראוי לפסוק וכן כת' בתשו' סימן תקע"ד עיין שם ותמהני על הרדב"ז שלא ראה דברי בעה"ת שכ"ח חלק שני שכ' וז"ל והיכא דאמר ישראל לגוי במ"ש מנה שיש לי בידך תנהו לישראל חבירי בזה כ' הראשונים דכיון שנתרצה לחזור על הגוי שלק עצמו מחבירו וכולי דל"ש גוי ול"ש ישראל בדין מ"ש שניהם שוין וכן הורה הרי"ף בתשו' עכ"ל הרי דבעה"ת העיד על הראשונים והרי"ף דדין מ"ש איתא בגוי נמי וכ"כ ה' חקות הדיינים סימן קל"ב ודין מ"ש הוא אפילו בגוי בין שיהא הלוה גוי בין שיהא המקבל גוי ואם ישראל הנותן רצה לחזור בו אינו יכול וכולי עיין שם וכ"כ הריטב"א בחי' לקידושין דף מ"ח עיין שם ומהרא"ח חלק ב' סי' א' כ' דיכול לומר קי"ל כהרי"ף ושאר גדולים עיין שם ומ"ש מהר"י קולון נהגו לפסוק כהרי"ף במקום שאין התו' חולקים כבר כ' הרדב"ז עצמו בתשו' שם סימן קל"ט דלא ר"ל דבמקום שהתו' חולקים נפסוק כהתו' בהכרח אלא א"ל הכי וא"ל הכי ודמי למאי דאמרי' סתם ואחר כך מחלוקת אין הלכה כסתם שפי' אינו בהכרח שהלכה כסתם כמו מחלוקת ואח"ך סתם דהלכה כסתם וכו' עי' שם מיהו מהר"ם מינץ סימן ל"ה כ' דמהר"ס ס"ל דאם נחלקו התוס' על הרי"ף אין הלכה כמותו עיין שם אבל ה' שארית יוסף סימן כ"ב כ' בשם מהרי"ק דאם במקום שנחלקו התוס' אינו בהכרח לומר לסמוך על פסקי התו' ור"ל דהוי כמו ספיקא דדינא וכו' ע"ש ועי' במהרשד"ס סימן רפ"ח וסימן שע"ו כ' כשהרי"ף והתוס' חילקים לא מפקי' ממונא עיין שם ונראה דלכ"ע הכא נקיטינן כהרי"ף והראשונים ובעה"ת והריטב"א וה' חקות הדייני' אפילו להוציא ממון נגד התוס' ועי' בתשו' בספ' אבקת רוכל סימן קמ"ו שכ' שאין דין מ"ש גבי גוי ומרן הסכים עמו עיין שם :

ל"ב לא קנה כתב מהרימ"ט סימן ל"ה דה"ד לענין שיכול לחזור הנותן אבל אם לא חזר הנותן חייב הגוי ליתן למקבל שלא יהא כח הגוי חמור מכח ישראל דמתחייב בע"כ למקבל עיין שם וכבר תמה עליו הרב משאת משה סימן ח' מדברי התוס' דגיטין די"ג בד"ה במעמד וכולי דמוכח בהדיא דאין חי' בין אם חזר הנותן או לא אלא במקבל גוי אבל בלוה גוי אפילו לא חזר הנותן לא קנה עיין שם וכן כתב המרדכי שם והסמ"ג עשין פ"ב ומהר"ס בתשו' דשייכי לס' קנין סי' ח' עיין שם ודברי ר"ת הם בתשו' מהר"ס הארוכות סי' קל"ב וז"ל אם הנפקד גוי אינו קונה במ"ש שהרי לא מלי' גוי זוכה לאחרים וכולי וכיון דאשכחן דבע"כ א"כ היכא שיש לו לזכות איכא מ"ש אבל גוי לא אשכחן דזוכה לאחרים וכולי עיין שם באורך שיש ע"ש והר' נחפה בכסף סי' כ"ו כ' דודאי גם בלוה גוי יכול ליתן כיון דאפילו בלא מ"ש הדין כך וא"כ מה חי' בין לוה גוי למקבל גוי אלא ע"כ דלוה גוי כשלא חזר בו הנותן חייב הגוי ליתן בע"כ אבל במקבל גוי אינו חייב ליתן אלא רשות בידו ליתן ע"ש באורך וליתא דדברי התוס' והמרדכי והסמ"ג ומהר"ס בשם ר"ת מוכח דאם הלוה גוי גרע טפי ממקבל גוי ואפי' לא חזר הנותן לא קנה דאינו זוכה לאחרים אם המקבל גוי כל שלא חזר הנותן ישראל הלוה זוכה לגוי וכ"כ הרשב"ן ח"א סי' קנ"ב וז"ל וכיון שהלוה ל"ש ביה דין מעמד ג' דהא גוי הוא ובגוי לא תקנו מ"ש כמ"ש

כמ"ש ר"ת וכולי ואע"פ שר"י חולק קצת על ר"ת בזה מ"מ מודה הוא שאם המומחה הוא גוי שלא קנה שהרי אם זיכה לו ע"י גוי זכייה גמורה לא קני כ"ש דבמ"ש לא קני דלא עדיף מ"ש מזכייה גמורה וכו' וכ"ש הכא דהדר ביה המומחה וכולי ע"ש הרי דס"ל דאפי' לא חזר הנותן אם הלוה גוי לא קנה מיהו מ"ש דר"י חולק על ר"ת מדברי הרא"ש שכ' והוסיף ר"י לבאר וכולי משמע דר"י איננו חולק על ר"ת כמ"ש מרן הב"י וכ"כ המרדכי פרק קמא דגיטין והסמ"ג עשין פ"ב כ"כ בשם ר"ת וכ"ה בתשו' מהר"ם סימן קל"ב ובתשו' השייכי לס' נזיקין סי' ז' עיין שם וכן משמע בתשו' השייכי לס' משפטים סי' כ"ט וסימן ס"ח דאפילו לא חזר הנותן לא שייך דין מ"ש בגוי גם הרשב"א בתשו' ח"ב סימן שע"ז כ' וז"ל מסתברא לי שאין דין מעמד ג' בגוי שלא נתקנה מ"ש אלא משום תקנת הלווים שאם א"א שאין המלוה יכול להנות משלו עד זמן הלואתו. גם הוא נמנע ולא ילוה ונמצא נועל דלת בפני לווין וכו' עיין שם וא"כ מה"ט אפי' לא חזר הנותן לא שייך מ"ש בלוה גוי דלא חשו לתקנתו ולנעול דלת בפניו דאדרבה אסור להלוותו:

ל"ג כתב מהרשד"ם סי' שכ"ט דה"ה בישראל מומר להכעיס לא תקנו מ"ש כמו בגוי והש"ך חולק עליו דה"ד בגוי מטעם דלא עדיף מ"ש מזכייה גמורה ואין זכייה לגוי אבל ישראל מומר יש לו זכייה עיין שם ונראה דלפי מ"ש מהר"ם בתשו' השייכות לס' משפטים סימן ס"ח וז"ל דישראל ל"מ לאקנויי לחבריה שחייב לו גוי במ"ש וכולי כמו שפי' ר"ת דדוקא הלואה דישראל מקני' במ"ש אבל מלוה ופקדון שיש לישר' ביד גוי אשר פיהם דבר שוא לא מקניא במ"ש וכולי נראה דה"ה במומר להכעיס מה"ט דאשר פיו דבר שוא גם הרשב"א בתשו' ח"ב סימן שע"ז כתב וז"ל מסתברא לי שאין דין מעמד ג' בנכרי שלא נתקן מעמד ג' אלא משו' תקנת הלוים שאם א"א שאין המלוה יכול ליהנות משלו עד זמן הלואתו גם הוא נמנע ולא ילוה ונמצא נועל דל' בפני לוים וכו' עיין שם וא"כ ה"ה מומר להכעיס דאין מצווים להחיותו ומותר להלוותו ברבית כמבוא' בטי"ד סי' קנ"ט עיי"ש ודאי לא חיישינן לתקנתו ולנעול דלת בפניו וה' דברי אמת בקו' ז' ד' ס"ה כ' לענין הרשאה דיכו' המוחזק לומר קי"ל כמאן דסבר דאין שליחות למשומד וזכייה מטעם שליחות עיין שם באורך:

ל"ד כתב מהרימ"ט סימן ל"ה דה"ד לענין שיכול לחזור הנותן אבל אם לא חזר הנותן חייב הגוי ליתן למקבל שלא יהא כח הגוי חמור מכח ישראל דמתחייב בע"כ למקבל עיין שם באורך וכתב ה' כרם שלמה סימן כ"ד ואולי כיון דהנותן יכול לחזור ה"נ אם מת יורשיו יכולים לחזור דירשו כח אביהם ולכך כ' ה' פני משה ח"ב סימן קע"ז בנ"ד דנכסי בחזקת יורשי' ומ"ל קיימא לן כר"ת דאין דין מעמד ג' בגוי הלוה עיין שם באורך ונראה דס"ל דאפי' לא היה אביהם זוכה אלא מספק מכח שהוא מוחזק טוענ' ליורשים וה' עדות ביעקב סימן כ"ה כ' דכל שהאב אינו זוכה אלא מספק ומכח שהוא מוחזק לא טעני' ליורשי' וכ"כ ה' שמחת יום טוב סי' ל' דף קע"ו לדעת בעה"ת וכ"כ הכנה"ג בסי' ק"ח דלא טעני' ליורשים טענה דקי"ל עש"ב ומ"ש הכנה"ג בסימן ק"ח אות ג' דבסימן רמ"ו כ' דלא טעני' ליורשי' טענת קי"ל הרואה דברי ה' דבסי' רמ"ו שכן דעת מהרש"ג והר' תמה עליו מנ"ל הא ודעתו דאפילו למוחזק עצמו ב"ד טוענ' בשבילו קיי"ל וכ"ש ליורשים וכ"כ בסי' כ"ה עיין שם והתימא על ה' שמחת יום טוב שלא ראה דבריו וכ"כ עוד בתשו' בסי' כ"א גבי פסק דין דיכו' המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דנאמן לומר פרעתי וטוענ' ליורשי' כן ובסימן כ"ז כתב וז"ל עוד כ' בעל הקו' דמאחר דטענת קי"ל חלושה די כשהב"ד עצמו יטעון כך אבל לא טעני' בעבורו וכו' וכבר כתבתי בפסקי הא' שדברי מהרש"ך חלק ב' סימן ק"ף ברור מללו שב"ד טוענ' כן והדברים מוכרחים וכו' ומן התימא עוד עליו שלא הבינו דטוענ' ליתמי קי"ל וכו' עיין שם וכ"כ עוד בתשו' ח"ב סי' ס' ע"ש ועי' בס' בני אהרן סימן כ"ד ובסי' ק"מ הוכחתי עוד כן דאפי' אין אביהם זוכה אלא מכח שהוא מוחזק טוענ' ליורשים ע"ש באורך:

סימן קכ"ז

א' דין א' ואח"ך גרשה וכו' וה"ה נתאלמנה מה"ט דכל מה שיש ברשות האשה בחזקת בעלה הוא עד שתביא ראיה הרשב"ש סימן תר"ז עיין שם וכן דעת הרשב"ץ ח"ג סי' ל"ג ע"ש וראיתי להכנה"ג חא"ה סי' פ"ה הגה"ט אות ל"ב שכתב גבי אם אומרת ע"מ כן נתנו לי שלא יהא לבעלי וכולי וזה ל' מבואר דה"ד בטוען הבעל ברי' אבל כשטוען שמא תשבע שהוא כדבריה דומיא דקנתה קרקע במעות טמונים שהקרקע הוא של בעל וכ' הר' יונה הביאו הבעה"ע למעלה דדוק' בטוען ברי' אבל בטוען שמא צריך להחזיר לה מיהו בין הכא ובין התם אם מת טוענ' ליורשים וכו' ואפי' שהיורשים אינם טוענים ברי' אין טעני' להו שאביהם היה טוען ברי' דשלו וכבר נשאל הר"ם מטראני ח"א סימן רמ"ב על א"א שהפקידה נכסים ביד ראובן וכולי ומת בעל האשה והניח יתום מאשה אחרת וכולי והשיב ה' דלדעת הרמב"ם כל שלא הביאה האשה ראיה שהם מנכסי נדונייתא הם בחזקת הבעל ומוציאין מיד הנפקד ע"כ והטעם ודאי דטוענ' ליורשים שאביו היה טוען שהם שלו ועליו להביא ראיה ואף על פי שהנכסים ביד שלים כל שאינם ביד האשה בחזקת הבעל קיימי ע"ש ומ"ש דאפי' הנכסים ביד שלים כל שאינם ביד האשה בחזקת הבעל הם כ"כ המש"ל בפ' ט"ו מהל' טוען דין ט' וזה לשונו דבמטלטלין נמי אם הם מונחים ביד שלים שאין א' מהם מוחזק מוקמי' בחזקת מריה קמא וכן כ' הרמ"ה הביאו הטור סימן ר"מ גבי ב' שטרות היוצאים ביום א' ע"ש וכן נר"ל ראיה מדאמרי' בפ' השואל גבי המחליף פרה בחמור וכו' דמוקמי' לה בעומדת באגם ובסימטא ופרכי' ואוקמי' בחזק' מרא קמא וליהוי איידך הממע"ה הא מני סומכוס היא וכו' עיין שם משמע בהדיא דלרבנן כשאינו ברשות א' מהם מוקמי' לה בחזק' מרא קמא וכן מצאתי להרמ"ה בתשו' סימן רמ"ד ובפ' המוכר את הבית שס"י כ"ב ע"ש וכ"כ התוס' בבתרא דף ל"ג ע"ב בד"ה ואי וכו' וז"ל וא"ת מאי איריא משום דלא חליף ת"ל משו' דתפיס מ"ד אמטלטלין שאינן עשויים להשאיל ולהשכיר דאם אמר לקוחים הם בידי נאמן וי"ל דאיצטריך דטעמא דלא חליף אם לקטם והניחם ברשות שאינם שלו דלא תפיס בהם עכ"ל אלמא אפי' לקטם והניחם ברשות אחר לא חשיב תפוס וה"נ בנדון המבי"ט האשה לא חשיבא תפושה אף ע"פ שהיא הפקידה ביד שלים אבל הכנה"ג שם כתב דמהר"ם גאלנטי ס"ל דכיון דהנכסים ביד שלים הם החזק' האשה ע"ש וכן ראיתי למרן בתשו' בס' אבקת רוכל סי' קס"ה שכ' וז"ל ומאחר ששנינו יחזיר לאשה וכו' בחזקה

שהם

שהם שלה שניתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בהם או שמא מנכסי מלוג הם וכולי דהשתא אם כשהאב טוען בריא יחזיר לאשה הבן שאינו יכול לטעון בריא עאכ"ו דיחזיר לאשה וכו' ואע"פ שהם ביד אחר א"ל דגרע כחה ממ"ש המפ' גבי ההיא דיימר בר חבו דאפילו כשעשאו שליח לא קנה דהתם שאני שהוא במקום שחב לאחרים וכולי ועוד דהתם שאני שהשליח תפס ולא המלוה אבל הכא שהאשה לקחה נכסים ומסרתם ביד הנפקד וכולי כאלו הם בידה וכולי עכ"ל ולא דק דהרמב"ם בפכ"ב מה' אישות כ' דאין נאמנת לומר נתנו לי ע"מ שלא יהא לבעלה רשות בהם דלא הרי הם כ"מ והבעל אוכל פירות ופסקו מרן בא"ה סימן פ"ה עיי"ש ומ"מ כבר הוכחתי מדברי התוספות דכל שהם ביד שליש לא מקרי תפיסה וכ"כ הר' יונה גבי א' מן האחים שהיו אונות ושטרות יוצאות על שמו וכו' הביאו ה' בני אהרן סימן נ"ד וז"ל ואלו היה טוען בשעת הלואה בפני ב' שהמעות הם שלו ודאי היה נאמן כיון שהוא מוחזק בממון ואפי' לרב דוקא באונות ושטרות פליג דבשעת טענתו הממון הוא ביד אחרי' וכבר הוא חוץ לרשותו בחזק' תפיסת הבית וכולי עיי"ש אלמא אם יצאו מרשותו אפילו הוא נתנם לו לא חשיב תפוס ואין סברא לחלק בין הלואה לפקדון וכן הסכים מהר"ש ן' חסון בספר בית שלמה סימן ד' דדוקא אם תפס המקבל הוי תפיסה ע"ש וכ"כ מהר"ם מפאדווה סי' כ' דאפילו הם ביד שליש מספק הם בחזקת הבעלים ושכנגדו נקרא המוציא ועליו הראיה עיין שם וכ"כ מהר"י ווייל סימן קע"ה והביא ראיה מדתנן בפרק הכותב מי שמת והניח פקדון או מלוה ביד אחרים וכו' רע"א ינתנו ליורשי' וכתב הרא"ש טעמא דנכסים כל היכא דאיתנהו ברשות יורשים קיימי עיין שם ואפשר לומר דאם הפקיד ביד שליש בסתם ולא פי' שהם שלו לא חשוב תפוס ובחזק' בעלים אבל במפקיד ביד שליש ופי' שהם שלו הוו בחזקתו וכן מצאתי להכנה"ג בתשו' סי' ל' גבי א' מן האחים שהוא נו"נ בתוך הבית שתי' כן דומה למ"ש הר' יונה דכל שבשעת הלואה אמר שהם שלו נאמן עיין שם וא"כ אפשר דהתוס' בפ' ח"ה שכ' דאם לקטם והניחם ברשו' אחר לא חשיב תפוס ה"ד כשהניחם ברשות אחר בסתם אבל אם פי' בשעה שהניחם שהם שלו חשיב תפוס וכ' הרדב"ז ח"ב סימן קל"ח אע"ג דלא אזלי' בתר אומדנא אלא לבטל המתנה שאני הכא שאין המתנה ביד היורש אלא ביד שליש והוא מוחזק מכח הבת ע"ש הרי דאפי' דאזלי' בתר אומדנא להחזיק וכשהם ביד שליש חשיב מוחזק בשבילו אבל ראיתי למהראנ"ח ח"ב סי' כ' גבי אם אין ידוע אם המעות טמונים היו כ' וז"ל נלע"ד שלא אמר הרמ"ה אלא בטענת בריא שהבעל טוען טענת בריא שמעות טמונים היו בידה אבל אם אין שם טענת בריא אלא טענת ספק כנ"ד שבני ראובן טוענים דילמא מעות טמונים היו בידה ואפילו לוי ג"כ אין לו טענת בריא ואינו יודע אם מעות טמונים היו אם לאו מ"מ כל שאין הטוען בא בטענת בריא וכו' ע"ש ואין נ"ל שהרי הרמ"ה כתב דכל שלא נתברר הו"ל כאלו לא נתקיים השטר ומי לא אמרי' לה קיים שטרך והוא בפ' ח"ה סי' ר"ה ע"ש ואנן קי"ל דטוענים ליורשים טענת מזוייף כמ"ש התוס' והרמב"ן והר"ן בפרק קמא דגיטין וכ"כ הרמ"ה בפ' ג"פ סימן ס"ז ע"ש וכ"כ הרשב"ץ ח"א סימן ל"ב עיין שם ועי' בהש"ך סי' ק"ו וא"כ אפי' היא טוענת בריא דלאו מעות טמונים היו טוענים ליורשים דמעות טמונים היו כמו שטוענים להם מזוייף נגד התובע שטוען בריא וכן לעולם טוענים ליורשים שמא אפילו נגד התובע שטוען בריא דמה שטוענים להם ליורשים טענת בריא חשבי' לה אבל אם הבעל טוען שמא מעות טמונים היו והאשה טו' בריא שאינם טמונים נראה דהיא נאמנת דהא בטענת מזוייף כ' התוס' במציעא די"ג בשם ר"י דדוקא הלוה יכול לטעון מזוייף דהוא בריא אבל אין טוענים ליורשים וללקוחות שמא וגם למסק' דטועני' ליורשים וללקוחות ה"ד משום דלא הי"ל ליד' וטענת בריא חשבי' לה אבל הלוה עצמו אם טען א"י אם הוא מזוייף בריא ושמא בריא עדיף ואע"ג דבאומר א"י אם הלויתני קיימא לן כר"נ דלא אמרינן בריא עדיף והממע"ה היינו דוקא במלוה על פה אבל במלוה בשטר וטוען שמא מזוייף פשיטא דלא מבטלי' השטר מספק זיוף אבל אם שניהם טועני' שמא (א"ה עכ"מ ואח"ך מצאתי בדף אחר כתוב ושו"ר) ושו"ר לה' נתיבות משפט דף ק"ל שדחה דברי מהראנ"ח מדכ' הריטב"א וז"ל דאיכא מ"ד דמספקא נמי לה קנתה וכו' שנראה מדבריו שאע"פ שאין הבעל טוען בריא מספק לא קנתה עד שיפרש בשטר דמעות שאינם טמונים היו ע"ש וכ"ל ודאי כמ"ש דאם הבעל טוען שמא והאשה טוענת בריא נאמנת ומ"מ הכא בהלואה אפילו למ"ד דאם טען הבעל שמא אינו נאמן מ"מ אם מת טוענים ליורשים שאביהם היה טוען בריא דטענת בריא חשבי' לה כיון דלא הי"ל לידע והרשב"ש בתשו' סי' תר"ז מיירי ביורשי' ואפ"ה אין האשה גובה בשט"ח שבידה על בעלה אלא בראיה ברורה עיין שם אבל לדעת הרמב"ם אפי' הבעל טען שמא נאמן כמבואר בב"י ע"ש (א"ה עכ"מ) :

ב' הגה ויש חולקים בזה וס"ל דדוקא אם היו המעות טמונים כשלוה א"ל דלגלויי זוזי הוא דעבד משא"כ כשהמעות היו גלויים ועומדים ביד האשה וכולי ואפילו במעות טמונים דוקא כשטועני' האדון והבעל ברי' שהמעות שלהם וכו' הסמ"ע והש"ך ע"ש וכ"כ מהראנ"ח בתשו' חלק ב' סי' :

סימן קכ"ח

א' דין א' אין הלוה חייב לשלם וכו' אבל ערב או קבלן שקדם ופרע ללוה חייב הלוה לפרו'

מהר"ם ריקאנטי בשם הר"ם ן' אפרים הכנה"ג וכן הוכיח הרשב"א בתשו' ח"ג סימן ר"א וסימן של"ד והרמ"ה בפ' ג"פ סימן קל"ג עיין שם הטעם ונראה שזה מחולקים הרמב"ם והראב"ד שכ' הטור בסי' ק"ל וז"ל וכ' הרמב"ם כד"א שא"ל הלוה בשעה שנעשה ערב ערבני ושלם אבל אם מעצמו עמד ערב או קבלן או שא"ל הלוה ערבני ולא הרשהו הלוה שיתן ויפרע החוב אין הלוה חייב לשלם והראב"ד השיג עליו דר"ל דבסתמא כיון שא"ל ערבני כאלו הרשהו דמי עכ"ל ונר' דהרמ"ה והרשב"א ס"ל דאפילו לא הרשהו לשלם ופר' הערב שלא מדעתי חייב ולא הוי כפור' חובו של חבירו עיין שם הטעם ואפשר דהראב"ד לא מטעם שכ' הטור דבסתמא כיון שא"ל ערבני כאלו הרשהו דמי אלא אפילו לא הרשהו לא הוי כפור' חובו של חבירו מטעם שכת' הרמ"ה והרשב"א וכן סובר הר"ם ן' אפרים אבל הרמב"ם ס"ל דערב נמי הוי כפור' חובו של חבירו א"כ הרשהו ורשב"ם בבתרא ד' ל"ב גבי ההוא ערבא דא"ל ללוה וכו' כ' וז"ל כגון דערב קבלן א"נ כגון שאמר המלוה בשעת ההלואה ממי שארצה אפרע וכ' בס' א"ז בשם שטה וז"ל נרא' שפי' כן משום דערב דעלמא מ"ל לא מהימני' ליה בפרעתו ושטרא בידך פקדון הוא ואפי'

ואפי' פרעתו אי לאו דתבעך תחלה לא הו"ל למיפרעיה וכו' וכיון שכן הו"ל כפור' חובו של חבירו שלא מדעתו דפטור אבל לערב קבלן ל"ל הכי וכו' עכ"ל הרי דס"ל דערב הו"ל כפור' חובו של חבירו שלא מדעתו דפטור אבל קבלן לא והרשב"ש סי' תק"ע כ' דאפי' קבלן כשלא תבעו בב"ד דפטור עיין שם :

ב' אין הלוה חייב לשלם לו וכו' זה דעת רוב הפוסקי' כמ"ש הש"ך ס"ק ה' והסכים כן עש"ב וכ"כ הרמ"ה בפ' ג"פ סימן קל"ג והרשב"א בתשו' ח"ג סי' ר"א וסימן של"ד אכתוב דבריהם בסימן ק"ל ס"ב עיין שם באורך וכן פסק הרשב"ש בתשו' סי' תל"ו ע"ש :

ג' אבל אם פרע לגוי חייב לשלם לכ"ע מהרשד"ם סי' קכ"ו וסי' תי"א דחה סברא זו והעלה דאפילו פרע לגוי אבד מעותיו וכן הסכים מהר"ש הלוי סימן כ"ו עיין שם ובתשו' הרשב"א ח"ג סי' תכ"ו וז"ל ולא עוד אפילו העניש המלך את הנתפסים בסך קצוב ועמדו הלבור ונתנו אותו קלבה למלך הנתפסים פטורים דפורע חובו של חבירו שאפילו היה משכון בידו פטור ובטעמא דאתמר בירושלמי וכו' וכן גר' בתשו' ח"ד סי' קי"ב עיין שם ועיין בתשו' מהריב"ל ח"א סי' קי"ד וכ"כ הרשב"ש בתשו' סי' י"ג בערב לגוי עיין שם ועי' בהש"ך ס"ק ו' וה' גו"ר חח"מ כלל ג' סימן יו"ד :

ד' כתב בעל התרומו' שס"ה בשם תשו' הרי"ף מי שפרנס יתום בתוך ביתו וכשגדל היתום תבעו שהוליא עליו בתורת הלואה והיתום טוען דאינו אלא בתורת מתנה אין לו על היתום כלום לפי שלא א"ל הוליא עליך משלי בתורת הלואה וכל שלא א"ל לא נתן לו אלא לג"ח וכתב מרן הב"י משמע דה"ד כשלא היה בידו משל היתום כנגד מה שתבעו אבל אם היה בידו משל היתום פשיטא שיגבה ממנו מה שהוליא עליו דלא אמרינן שפרנסו לג"ח ונראה שאם היה קטן אפילו אין בידו משלו כלום חייב לשלם לו דלא הול"ל מוליא עליך משלי כיון דקטן היה מיהו ה"מ כשהיו לו נכסים באותה שעה וכולי ע"ש ונראה דס"ל דאם היתום לא היה קטן אפילו היה לו נכסים אם לא היו בידו פטור וכן מבוא' בב"י י"ד סימן רנ"ג גבי בע"ה ההולך ממקום למקום וכולי של' רבי' ירוחם דאפילו אדם דעלמא שפרנסו כיון שלא היו לו נכסים באותה שעה אין לריך לשלם אבל אם היה לו נכסים או קרקעות אפילו ביד אחרים חייב לשלם אם חבירו תובעו זולתי ביתום שכת' בעה"ת בשם תשו' הרי"ף דאין לו עליו כלום ואפי' יש לו אם לו כ' שבתורת הלואה זן אותו וכו' עיין שם הרי דאפי' היו ליתום נכסי' באותה שעה שזנו ואפילו תפס אח"ך משלו מוליאין מידו ודוקא אם היו בידו נכסיו באותה שעה שזנו גובה ממנו אבל הרשב"ש סימן ש"ד בתוך התשו' וז"ל נראה ברור שלא פטר הרי"ף אלא במכניסו לביתו ממקום אחר שגלה דעתו שלא הכניסו לזון ולפרנס אלא בתורת ג"ח אבל אם הוא אללו כבר כגון שמת אביו והניחו ברשותו גר' שחייב לשלם ואין לריך להתנות בפי' דלא מוכחא מילתא שבתורת ג"ח הוא זן אותה ועל היתום להביא ראיה שבתורת ג"ח זן אותו וכולי ואף במכניסו לביתו נר"ל ברור שלא פטר הרי"ף אלא ביתום עני ואפילו העשיר אח"ך פטור כאותה ששנינו בעל הבית שהיה עובר ממקום למקום ולריך ליטול לקט ושכחה ופאה (א"ה עכ"מ והשאר חסר ואח"ך מלאתי- כתוב אבל וכולי) אבל הרשב"ש בתשו' סימן שס"ה בענין הבנות שהיו נכסיהם ביד ר"מ ומתו וכולי והאם מערערת מלד המזונות שזנה אותם וכו' וז"ל וגם מחורת מזונות אין לה שום זכות ואפילו לא קבלם עליה לזונם כל שלא כתבה עליהם שטר שבתורת הלוא' היא זנתה אותם וכ"כ בסה"ת בשם תשו' הרי"ף וכ"ש שבעלה שקבל עליו לזונם ומן הדין חייבת להחזיר כל מה שנטלה מן הפקדון ואם היא נשואה ואין לה במה לשלם שהאשה פניעתה רעה כדאמרינן בפ' החובל חייב הנפקד לשלם כל מה שנתן שלא ברשות בית דין וכו' ויהיה הוא דינו עמה כשתתאלמן ותתגרש וכולי עיין שם הרי דאפי' היו להם נכסים ותפסה אותם אין תפיסתה כלום ואם היא נשואה ואין לה מה לשלם חייב הנפקד לשלם מה שנתן לה שלא ברשות וה' פני משה חלק א' סימן ל"ג כתב באחד שזן יתום נכדו ואחר שמת תובע כ' דבכ"ד הרי"ף מודה משום דאיכא אומדנא דמוכח דלשם הלואה היה זנו לפחות אם ימות היתום דאפילו זנו לג"ח לא בהחלט אלא אם יחיה היתום ויראה זרע אבל אם ימות אין הדעת סובל שזה מפזר ממונו ותאכל כלתו נכסיו עיין שם באורך ובתשו' הרשב"ש מבואר להדיא דאפילו מת היתום יורשיו אחר :

וכתב המבי"ט ח"ב סימן ל' דלאו קטן ממש דאינו בן י"ג דהא מבן עשר ומעלה בחזקת חריף וממכרו ממכר וכולי וכ"ש דשייך ה"ט דהול"ל אוליא עליך משלי וכולי וכן ל' הרי"ף וכשהגדיל היתום תבעו וכולי מבואר דכשגדל תבע ממנו מה שהוליא עליו בעודו קטן אלא ר"ל דאם היה קטן פחות מעונת הפעוטות חייב לשלם עיין שם ועיין בהכנה"ג הגב"י אות כ"א שפי' כן ובזה תי' תשו' הרשב"א ופסקו מרן בסימן ר"ך יתומים שסמכו אלל בעל הבית והוליא עליהם משלו לא הניח מעותיו על קרן הלבי דא"ל דמיירי בקטנים שלא הגיעו לעונת הפעוטות וס"ל כהרא"ש דאפילו בקטן לגמרי יש דין יתומים שסמכו וכולי עיין שם וכן מבואר בתשובת הרשב"א ח"ב סימן קכ"ט דסבירא ליה דאפי' בקטן ממש דינו כהאפטרופו' עיין שם אבל דוחק לאוקומי תשו' זו דוק' בקטני' שלא הגיעו לעונת הפעוטות אבל אם הגיעו לעונת הפעוטות פטורים מלשלם וה' שני משה שם תמה על הב"י מל' הרי"ף בתשו' דאפי ביתום קטן מיירי וכ"כ מדברי הגד"ת שתמה מתשו' הרשב"א וא"א הרי ההיא דיתומים שסמכו בקטנים מיירי וכו' אלא ודאי אינו מחלק בין יתום קטן לגדול עיין שם באורך ולא דק דקטן לאו לאפוקי גדול ממש אלא קטן פחות מעונת הפעוטו' והרי"ף מיירי בקטן שהגיע לעונת הפעוטות וה' גד"ת כ"ל דוחק לאוקומי תשובת הרשב"א דוקא בקטנים פחותים מעונת הפעוטות דאע"ג דסבירא ליה כהרא"ש דאפילו בקטנים לגמרי דינם כהאפטרופוס וכמבואר בתשו' הרשב"א ח"ב סימן קכ"ט עיין שם מכל מקום דוחק לאוקומי תשו' זו דוקא בקטנים ממש אבל אם הגיעו לעונת הפעוטות פטורים מלשלם דסתמא קאמר קטנים שסמכו וכו' לכ"נ עיקר דמיירי ביש להם נכסים וכולי (א"ה עכ"מ) :

ה' מי שמשרה חבירו בביתו או מהנה אותו מנכסים סתם אם עני הוא וראוי ללדקה ודאי הכל לשם מתנה ולדקה ואפילו העשיר אחר כך אין חייב כלום שהרי עני היה באותה שעה אבל בלא"ה לא אמרי' לשם מתנה אלא חייב לו שכירות אי קיימא לאגרא וכן כל מה שההנה אותו חייב לו הרדב"ז חלק ג' סימן תרע"ו עיין שם ומהרימ"ט חא"ה סימן כ"א הביא מ"ש הר"ן בפרק שני דייני גזירות בשם הרשב"א שכל הפרנס סתם אינו בתורת מתנה אלא הלואה ודקדק כן מל' הרמב"ם מה' זכייה שכתב השולח תשורה לחבירו וכולי והרי"ף בתשו'

דוקא בפרנס יתום קאמר עיין שם:

ו' הגה אבל אם היה בידו וכולי הש"ך הביא ראיה ממ"ש הגמ"ר סוף כתובות ופסקו מור"ם בא"ה ס"ע דאפי' בזן אשת חבירו ושל חבירו בידו מנכה ממה שבידו עיין שם ונראה דגם הרמב"ם דסבירא ליה בערב דאם לא הרשהו לשלם הלוה פטור מודה הכא דהוי כפורע משל חבירו על חבירו והרשב"א בתשו' חלק שלישי סימן ר"א כת' באפטרופוס שמכר קרקע של יתומים לפרוע החוב וז"ל ואין אומרים בכי הא מפיים הוינא ליה וכולי שאין זה דבר מצוי וכו' ולא אמרו כן אלא בפורע משלו על של חבירו אבל הכא לא וכו' ואפי' ערב דפר' משלו על של חבירו אין הלוה יכול לומר לערב משלך פרעת שלא מדעתי ואיני חייב לשלם כדין פורע חוב של חבירו וכולי עיין שם הרי דערב גרע מפורע חוב חבירו משל חבירו ואפ"ה הוא ס"ל דחייב הלוה אבל הרמב"ם ס"ל בערב דהוי כפור' משלו על חבירו אבל כשהוא חייב לו ופרע בשבילו חייב אבל מצאתי להרשב"א בתשו' חלק ג' סימן מ"א שכתב וז"ל ראובן ושמעון היו חייבים ללאה אמש מנה בשטר משכונא וכולי ויורשי שמעון מצאו שט"ח הנז' בין שטרותיו של אביהם ותבעו מחלית המנה מיורשי ראובן שאומרים שפרעו אביהם ללאה אמו וכו' ואם פרעו שמעון בלא שתמכרנו אמו הו"ל פורע חוב של חבירו שלא מדעתו והניח מעותיו על קרן הצבי ולא עוד אלא אפי' א"ל ראובן אלך אפרע ואשלם לך חזר מה שנתחייב לו מלוה על פה ומלוה על פה אינה גובה מהיורשים וכולי עד כאן לשונו נראה דסבירא ליה כדעת הרמב"ם דהא שנים שלוו בשטר אחד נעשו ערבים זה בזה ומרן הב"י בסימן ק"ה כתב דלא מהניא טענה זו אלא לפטור ולא לחייב עיין שם ואם כן בחייב לו ופרע בשבילו לכ"ע לא מהניא טענה זו לחייבו וכל שכן לדעת הראב"ד והרשב"א דגם בערב לא מהניא טענה וכן כתב הרמ"ה בפ' ג"פ סי' קל"ג עיין שם באורך וכ"כ דעת רבי' שמחה בהגמ"ר שם דמדמה לערב עיין שם וכבר תמה ה' בני אהרן סי' מ"ב על מהרשד"ם סימן ת"ח ומהריב"ל חלק א' סי' כ"ז שלא ראו חי' זה עיין שם באורך וה' כנסת הגדולה כתב אבל ערב או קבלן שקדם ופרע ללוה חייב הלוה לפרוע מהר"ם ריקאנטי בשם הר"ש בן אפרים עיין שם ולא זכר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בערב והר"ש בן אפרים סבירא ליה כהראב"ד והטור שכ' בסי' ק"ל טעם הראב"ד דבסתמא כיון שא"ל ערבני כאלו הרשהו דמי ע"ש אינו מוכרח דאפי לא הרשהו לא הוי כפורע חובו של חבירו מטעם שכ' הרשב"א בתשו' והרמ"ה בפרק ג"פ סימן קל"ג עיין שם עי' בתשו' מהרש"ג בס' משפטים ישרים סימן מ"ח ועי' בתשו' מהריט"ץ סימן ק"ן ועיין במהראד"ב בס' לחם רב סימן ס"א שכתב באחד וכולי דלא אמרו אבד מעותיו אלא בפורע חוב חבירו שאין לו בו שייכות כלל אבל בשיש לו שייכות יורשים יורש אחד שפרע כתובת אמו שלא מדעת אחיו חוזר וגובה עיי"ש ונראה ראיה מדברי הרמ"ה:

ז' כתב מהריט"ץ סימן רי"ט דלא אמרו פורע חוב חבירו שלא מדעתו אלא אם מעצמו הלך ופרע אבל אם המלוה א"ל פ' חייב לי בשטר או במשכון תפרע בעבורו ותקח השטר או המשכון אפילו בחנם לא מקרי פורע חוב חבירו שלא מדעתו דאל"כ כילד יקנה שטר חוב של חבירו וכולי עיין שם וליתא דקונה שט"ח בכו"מ הרי הוא במקום המלוה ולקח כחו אבל אם לא לקח השטר בכו"מ אפי' א"ל המלוה פ' חייב לי תפרע לי בעבורו ותקח השטר הוי פורע חוב של חבירו שלא מדעתו דהלוה א"ל לאו בע"ד דידיה את ובערב ס"ל להרמב"ם דהוי כפורע חוב של חבירו שלא מדעתו משמע דאפילו תבעו המלוה ונתן לו השטר אא"כ הרשהו הלוה לפרוע וגם הראב"ד והרשב"א והרמ"ה דס"ל דלא הוי כפורע שלא מדעתו היינו מטעם דהערב גם כן משועבד למלוה וכמאן דפרע בע"כ דמי עיין שם באורך אבל בלא"ה אפי' א"ל המלוה לפרוע ועי' בתשו' מהר"ם לרור סימן כ"ז דסבירא ליה דאפילו א"ל מלוה תן לי מעות ותקח המשכון הוי פורע חוב חבירו שלא מדעתו ע"ש וכן מצאתי להרשב"א בתשו' חלק ג' סימן מ"א שכתב וז"ל ראובן ושמעון היו חייבים ללאה אמש מנה בשטר משכונה על כרם א' לימים נפטרו לאה וראובן ושמעון ויורשי שמעון מצאו שט"ח הנז' בין שטרות של אביהם ותבעו מחלית המנה מיורשי ראובן שאומרים שפרעו אביהם ללאה אמו וכולי תשו' דברי בני שמעון בטלים ואין בהם ממש חדא שאפילו פרע שמעון כל החוב לאמו ואמו מכרה לו השטר הא קיימא לן דאותיות אין נקנות במסירה וצריך כו"מ וכן אם נתנתו לו במתנה ואם פרעו שמעון בלא שתמכרנו לו הו"ל פורע חוב של חבירו שלא מדעתו והניח מעותיו על קרן הצבי ולא עוד אלא אפילו א"ל ראובן וכולי עיין שם הרי בהדיא דאפילו פרעו ולקח השטר אבד מעותיו:

ח' דין ב' אין חבירו חייב לשלם וכולי כו' דאפילו למ"ד דבכל חוב לחזור ולפרוע לו דוקא שם דפרע מדעתו וגומל עמו חסד חייבהו להחזיר ולפרו' כדי שלא תנעול דלת בפני ג"ח משא"כ זה שלא פרעו מדעתו אלא בע"כ שנתפס עליו וכולי הסמ"ע וה' פרח מטה אהרן סימן ק"ד עיין שם באורך אבל מהרא"ש סי' ע"ה דחה זה וז"ל דאדרבה איפכא מסתברא שהפורע מרצונו לא יפרע לו חבירו שאפשר שפרע לשם מחילה ועל מנת שלא יתבענו והפורע בעל כרחו דל"ל הכי חייב חבירו לשלם לו מה שפרע בעדו ועוד דבפורע בשלא משכנו א"ל מפיים הוינא ומחיל ליה אבל כשפורע בעל כרחו שמשכנהו על כך דלא מצי למימר הכי חייב חבירו לשלם לו עד כאן לשונו ונ"ל ראיה דבפרק הכונס אמרי' מבריח ארי מנכסי חבירו מדעתו הוא הא לאו מדעתו א"כ מבריח ארי מנכסי חבירו לית ליה פסידא הא אית ליה פסידא וכתבו התוס' וז"ל וא"ת והרי פורע חובו חשיבא ליה מבריח ארי וכולי וי"ל דה"פ וכו' א"כ מברי' ארי אפילו כשאינו מדעתו אלא חבירו מכריחו להבריח ארי מעדרו לית ליה פסידא למבריח וכולי וכן כתב הרא"ש שם אלמא פורע מדעתו קיל משלא מדעתו ואם כן למאן דאמר דפורע חובו לא חשיב מבריח אפילו מדעתו כל שכן שלא מדעתו ושוב ראיתי לה' נחפה בכסף סי' תמ"ה על הסמ"ע וה' פמ"א כן וכן ראיתי למהרימ"ט חלק ראשון סימן קכ"ד שכתב דאפילו למאן דאמר דפטו' היינו דוקא בפורע מדעתו אבל שלא מדעתו חייב לכ"ע והוכיח כן מפרק הכונס עיין שם באורך ועי' במהרא"נ"ת חלק ב' סימן ל"ו ושוב ראיתי לה' בני יעקב בתשו' סי' ד' שנדחק בדברי הסמ"ע ומהרא"ש עיין שם:

ט' אין חבירו חייב לשלם וכולי אפילו חבירו חייב להם כ"כ המרדכי וכולי הש"ך וכן הסכים הרב פני משה ח"א סימן כ' עיין שם והרשב"ש סס"י שמ"ז כתב וזה לשונו ולענין מה שלקח ממנה האלם עשרה זהובים אם בדין נטלם יפרעהו מנכסי בעלה ואם לאו תפסידם היא שכבר אמרו בירושלמי וכתבה הרי"ף בסוף כתובות

כתובות לא מלינו מי שנתפס בשביל חבירו שחייב לשלם עיין שם :

יו"ד והוא שיקחו ממנו בפי' וכולי נראה דלריך שיקחנו ממנו בפי' בשביל פ' בפני עדים ולא סגי שיתפום סתם ושיאמר אח"ך לאנסים שהוא בשביל פ' מהרח"ש בתשו' ח"ג סש"י ל"ד עיין שם :

סימן קכ"ט

א' דין א' אבל אם קנו מידו וכולי אם נדר א' לנדקה וילא אחר בעדו פשיטא דמשתעב' בלא קנין דאמירה זו לגבוה שאמר ואני ערב במקום קנין ומשתעבד דהא אפילו אסמכתא דלא קניא בהדיוט אפי' בקנין בהקדש ובלדקה קניא וכ"ש ערבות מהר"י נבון בתשו' בספר בית יהודה סימן ל' עיין שם וכ"ל ראיה דבלא"ה משתעבד שהרי כתב בעל התרומות שער כ"ח והטור סימן קכ"ו תשו' לגאון וז"ל ראובן הקנה לשמעון מנה שיש לו ביד לוי במעמד ג' ונתן לוי לשמעון ערב אע"ג דלא הוי ערב בקנין משתעבד דאף על גב דאמרי' ערב שלא בשעת מתן מעות בעי קנין התם הוא שכבר היה חייב לו המנה ולא על אמונתו הלוהו אבל הכא הלוה לא היה חייב כלום למקבל ועכשיו מקבל עליו חובו ומאמינו הוי כשעת מתן מעות ולא בעי קנין וכתב ה' גדולי תרומה שם דערב לערב לא בעי קנין מה"ט וכן פ' הרמב"ם ובעל התרומות של"ה והטור ומרן סוף סי' קל"א דערב לערב אין לריך קנין וכתב הרב גדולי תרומה אפילו ערב א' לא נתערב בשעת מתן מעות אלא בקנין וכן הסכים הרב שפתי כהן עיין שם אלמא שעבוד הוי כשעת מתן מעות והכא נמי בנודר לנדקה דנתחייב עכשיו הערב שלו נשתעבד :

ב' אבל אם קנו מידו וכולי נראה דמחילה לערב אין לריך קנין אף על גב דהוי בקנין כמו בשטר חוב שיש בהם קנין ואפ"ה מהני ול"ל דשאני חוב דכל קנין מתחייב והקנין אינו אלא לאלם השטר אבל ערב לאחר מ"מ דלריך קנין לא סגי במחילה בלא קנין דלא מסתבר דס"ס הא איכא קנין מהרש"א בס' משאת דרבותא בסימן י"ב דף קל"ד עיין שם ועוד שהרי כתב הרב כנסת הגדולה בסימן זה אות מ"ה הגה"ט וז"ל א"כ דבשלמא בלוה שמתחייב בלא קנין דכל שהלוה לו חייב כיון שקנו מיניה סתם קנין לכתיבה עומד אבל בערב שאינו מתחייב אלא בקנין כל שלא כתב שטר דין מלוה על פה יש לה והא נמי לא מחוורא דהיה לו גרבי' בעל הטורים לפ' זה ושוב ראיתי במהרש"י ז"ל כן וכ' ולפ"ז ערב בשעת מ"מ כיון דבלא קנין משתעבד יועיל הקנין לטרוף מהמשועבדים עיין שם הרי דדבר שאין לריך קנין עדיף ואמרינן דקנין ליפות לטרוף מהמשועבדים והכא נמי בחוב שאין לריך קנין הו"ל דקנין ליפות כחו דלא סגי במחילה ולריך קנין לבטלו ואפ"ה מהני מחילה וכל שכן גבי ערב דהקנין לריך לגוף החיוב :

ג' שנים שערבו לא' יכול לגבות מא' על הכל דל"ד לב' שלוו דכל אחד ערב לחבירו הרדב"ז בתשו' כ"י הביאו הר' קהלת יעקב דף ר"ז אות רל"ה עיין שם ותשו' הרדב"ז היא בחלק שלישי סי' וזהו דעת הרמב"ם וסתם כן מרן בסימן קל"ב עיין שם :

ד' אבל אם קנו מידו וכו' ערב שהתרה במלוה שלא יתן לראובן אלא ברשותו ונתן לו בפניו והלה שותק לא אמרינן שתיקה כהודאה הכנה"ג בתשו' סימן קס"א עיין שם באורך ובס' כנה"ג סימן קל"ח :

ה' אבל אם קנו מידו וכולי ערבות בעש"ג כתב הרב כנסת הגדולה בסימן ס"ח כ' בשם הרדב"ז אם הוא ערב בשעת מתן מעות והיה השטר עשוי כדין שטרות העולות בעש"ג כשר ודנין ע"פ ואם לא היה ערב בשעת מתן מעות לא נשתעבד דהא לא קנו מידו ואינן ב"ד חשוב אבל כבר נהגו לדון על פה שטרותיהם אף על פה שאין בו התנאים שהזכירו רז"ל וכולי ותשו' הרדב"ז בחלק שני סימן שמ"ט כתב משום דידם תקיפה וכולי ועוד דינא דמלכותא דינא ומ"ש דינא דמלכותא דינא זה דעת הפוסקים כשמואל דאפילו שטרי מתנות דעש"ג כשרים מה"ט אבל הרמב"ם ורוב הגאונים ס"ל דלא אערב בהא דד"מ דינא וכבר האריך הרדב"ז עלמו בתשו' סימן תקמ"א וכ' שם כיון דפלוגתא היא אם שטרי מתנות דעש"ג כשרים אוקי ממונא בחזקת היורשים ועוד דעדות הגוים פסולה מן התורה אלא תקנת חכמים שיהיו השטרות דערכאות של גוים כשרים בטענא כל דהו דחי' לה ומוקמי' לה אדינא דאורייתא ואם כן יש לנו לפסוק כדעת האומרים דשטרי מתנות אין עושים בהכי אף על פה שהוא ממונה על פה המלך והכו דלא להוסיף על התקנה עיין שם ונראה דאפילו הוא תפוס מוליאין מידו דכל ספק בתקנה מוקמינן אדינא דאורייתא אפילו להוליא ממון וכן קיימא לן בא"ה סימן ק"ח ס"ו דדבר שאינו מפורש בתקנה נעמידנו על דין תורה והוא הדין בכל ספק וכולי והם דברי הרא"ש בתשו' הביאו הטור שם על תקנה שהאלמנה ויורשים חלוקים וכולי דאמרינן יד בעל התקנה על התחתונה כי התקנה בא להוליא מדין תורה שתטול האלמנה כל כתובתה וכולי וכתב הרשב"ץ בתשו' חלק ב' בסימן רל"ב תיקון ג' אף על פה שהיה דעתנו לדון שתהיה יד התוב' על התחתונה כדי כל ספק כל תביעות ממון בטלנו דעתנו מפני דעתו כי רב הוא מובהק הוא וכולי וכתב מהר"י עייאש בתשובותיו חלק ב' סימן קכ"ג ונראה דלא מהני תפיסה בתקנות וז"ש הרשב"ץ שהיה דעתו לדון שתהיה יד התוב' על התחתונה לענין תפיסה דכל ספק דעלמא וחזר ובטל דעתו מפני דעת הרא"ש דלא מהני תפיסה כלל בספק של התקנה עיין שם וכן כתב מהרימ"ט חי"ד סימן מ' דאפילו תפסו היורשים מוליאין מידם וכולי ואם כן בכל ספק בין פלוגתא דתקנתא דרבנן מעמידים הדבר על דין תורה אפילו להוליא מיד המוחזק וכן כתב מהרשד"ם סימן ש"ן גבי שטרות בערכאות של גוים דבמקום פלוגתא מספק נעמיד על דין תורה דיד התקנה על התחתונה ומבואר שם דאפי' להוליא ממון אמרינן כן עיין שם באורך ואם כן שטרי מתנות דערכאות של גוים פלוגתא דרבוותא היא אפילו המקבל תפוס אמרינן יד התקנה על התחתונה :

ו' דין ב' א"ל בשעת מ"מ וכולי ואין לריך קנין וכו' כתב מהרימ"ט ח"מ סימן פ"ה דערבות דשלא בפני המלוה אפילו בקנין לא משתעבד דאסמכתא הוא דלאחר מ"מ נמי כתב הסמ"ע דיש קלא הנאה ומשתעבד על פה הקנין בלא ב"ד חשוב אבל שלא בפני המלוה ולא ידע אין בו הנאה והוי אסמכתא עיין שם וכבר כתב הרב שפתי כהן ס"ק ד' דבעל התרומות שמ"ג סימן ז' בשם הרמב"ן והובא בב"י סימן קי"ג כתב דבערבות ליכא אסמכתא גמורה ודברי הרמב"ן הם בה' נדרים שלו דף כ"ו ומבואר שם דלאחר מ"מ לא שייך טעמא דבהיא הנאה וכולי אלא משום דערבות לא הוי אסמכתא גמורה מהני קנין עיין שם הטעם ואם כן הכא נמי

נמי אפילו שלא בפני המלוה דליכא הנאה משתעבד מיהו המ"מ בפרק כ"ה מהלכות מלוה גבי ערב דכתובה כ' משום דאסמכתא היא אפילו בקנין ומ"ה בכתובה דלא מחכרי בהימנותיה לא גמר ומשעבד נפשיה והו"ל אסמכתא ואפילו בקנין ודעת הראב"ד דכל שיש קנין מועיל או מפני שאין אסמכתא בקנין או מפני דלא גרע מערב דלאחר מ"מ שאף על פה שלא על אמונתו הלואו כשקנו מידו חל ערבות ויש לומר דשאני התם דמ"מ היתה שם הלואה וחסרון כיס למלוה מעיקרא עד כאן לשונו אם כן דעת הרמב"ס והמגיד משנה דערב לאחר מ"מ נמי לא משתעבד בקנין אלא משום דאיכא חסרון כיס למלוה מעיקרא והוי קצת הנאה ולכך ערב דכתובה לא משתעבד אפילו בקנין דלא שייך בהיא הנאה וכולי אבל הראב"ד אפשר דס"ל כדעת הרמב"ן לאחר מ"מ לא שייך טעמא דבההיא הנאה וכולי אלא משום דערבות לא הוי אסמכתא גמורה מהני קנין והכא נמי ערב דכתובה משתעבד בקנין ועיין בס' נתיבות משפט דף קי"ב וכ"ל ראיה דהא קיימא לן דערב אפילו בקנין יכול לחזור בו קודם נתינת המעות כמ"ש הטור בסימן קל"א וכן כתב בעל התרומות שע"ה סימן כ"ה עיין שם ובתשו' הרשב"א חלק ב' סימן קנ"ח מבואר הטעם משום דכל עצמו של ערב אינו משתעבד למלוה אלא משום דעל אמונתו הלוהו ובההיא הנאה וכולי הא לא"ה לא משתעבד דאסמכתא היא וא"כ זה שחזר קודם נתינת המעות לא על אמונתו הלוהו ולא גמר ומשעבד נפשיה עיין שם משמע דאפילו בקנין הוי אסמכתא ולא משתעבד אלא בההיא הנאה וכולי ולכך יכול לחזור והב"ח סימן קל"א כתב טעם אחר דאפילו קנו מידו בבית דין חשוב יכול לחזור ודלא כהסמ"ע עיין שם וליתא דבתשו' הרשב"א מוכח בהדיא משום דהוי אסמכתא ואם קנו מידו בב"ד חשוב אינו יכול לחזור ועמ"ש בסימן קי"ג :

ז' א"ל בשעת מ"מ וכו' אם א"ל תן מנה לא' דלאו בר זכייה כגון חרש שוטה וקטן לא נשתעבד הערב כן מבואר בירושלמי ובחי' הרשב"א לקידושין ד"ח גבי תנהו על הסלע וכולי עיין שם באורך ועיין בספר דברי אמת בקונ' ז' דף ס"ד :

ח' אם א"ל זרוק מנה לים ואתחייב אני לך מהרש"ל בים של שלמה בפרק הגוזל סימן ע"ז השכים דפטור והביאו הרב כנסת הגדולה הגה"ט אות י"ט עיין שם ועיין בספר דברי אמת בקו' ז' דף ס"ד והרשב"ש בתשו' סימן ק"מ :

ט' א"ל בשעת מתן מעות וכו' אם אמר לו תן מנה לפלוני או הלוהו ויהא קנוי לו והוא יהא פטו' ממך ואני אתן לך או ואני פור' הערב חייב ונשתעבדו נכסיו כן הוכיחו התוספות בע"ז דף ס"ג בדבור המתחיל אינו וכו' עיין שם ובפרק קמא דקידושין אמרינן תן לו ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב וכתב הר"ן גבי תנס על גבי סלע וכו' וז"ל וכ' הרמב"ן מאי דאמרי' תנס ע"ג סלע אינה מקודשת תנס לכלב אינה מקודשת לאו בחד גוונא נינהו דבתנס על גבי סל' אפילו אמרה ואקדש אני לך לאו כלום משום דלא מלי עבד אפומא אבל בתנהו לכלב אלו אמרה ואקדש אני לך מקודשת דכיון שהוציא ממון על פה מקודשת מדין ערב וכן בדיני ממונות האומר זרוק מנה לים ואתחייב אני לך חייב שעל פה הוציא וכו' ואחרים כתבו דלעולם לא מיחייב מדין ערב אלא במוציא ממון מרשותו לרשות אחר בן דעת לפי שבזכותו של זה מתחייב זה מדין ערב אבל במוציא ממון לאיבוד אף על גב דאמר בהדיא ואתחייב אני לך לא מהני עכ"ל מבו' דהרמב"ן סבירא ליה דאם אמר לו תנס על גבי הסלע ואתחייב אני לך פטור משום דיכול לחזור וליטלו אבל בתנס לכלב או זרוק מנה לים דהלך לאיבוד ע"פ חייב ומשמ' דהר"ן סבירא ליה כהרמב"ן וכן כתב הנ"י בפר' השוא' בשם הר"ן עיין שם ודלא כדמשמ' מדברי המ"מ בפרק ד' מהלכות אישות דאין חילוק בין סל' לכלב דהרמב"ן סבירא ליה בתרוייהו דחייב מדין ערב עיין שם והרא"ש בפרק השואל פסק כרב דאם אמר לו השואל הכים' במקל והיא הבא מאליה ועשה כן השואל חייב כמו שכ' הטור בסימן ש"מ והכא סבירא ליה דזרוק לים ותנס על גבי סל' אפילו אמר לו ואקדש אני לך אינה מקודשת דלא מחייב :

יו"ד נשתעבד הערב ואין צריך קנין וכו' דבהנאה דהימני' גמר ומשעבד נפשיה אפילו אם אין נכסים ללוה הטור ורשב"ס בפרק ג"פ כתב דסלקא דעתך דלא גמר בלבו לשעבד נפשו ואינו אלא פטומי מילי שירא להפסיד אבל הרמ"ה שם סימן קל"ע כתב דהאי טעמא דאם יש נכסים ללוה בשעת ההלואה בההיא הנאה דנפיק עליה קלא דאינש מהימנא הוא דהא אפילו יש נכסים ללוה לא הימניה ללוה אלא לערב גמר ומשעבד נפשיה אבל אם אין נכסים ללוה בשעת ההלואה לא משתעבד דלאו משו' מהימן ליה טפי אלא משום דאין נכסים ללוה ולית ליה הנאה דהימנותיה לערב עיין שם (א"ה עכ"מ) :

י"א א"ל בשעת מ"מ נשתעבד וכו' אפילו נתן הערב משכון למלו' נשתעבד ולא הוי אסמכת' הדריש' סימן ר"ז עיין שם :

י"ב וכן אם בית דין עשו אותו ערב וכו' דוקא אם היו שלשה דיינים במעמד אבל אם לא היו רק שנים לא הרדב"ז חלק שלישי סימן תק"ג עיין שם ושם נסתפק בפרנסים דהא טעמא דבההיא הנאה דמהימן לבית דין גמר ומשעבד נפשיה אבל הפרנסים כיון דלא גמירי לא חשיבי לאינשי ולא חשיבא הימנותם הנאה ועוד דאינן קבועים דכל שלשה חדשים באים אחרים במקומם ומסתברא דלא מקרו בית דין עיין שם משמ' דאפילו הם קבועים כיון דלא גמירי לא מקרו בית דין :

י"ג וכן אם בית דין עשו אותו ערב וכו' כתב מהר"ם מינץ סימן ל"ב דשטר שכתב בו הריני מודה כאלו נעשה בבית דין חשוב דלא כאסמכתא וכו' הוי כאלו נעשה השטר בבית דין וערב דבית דין לא בעי קנין ולא נראה לי דהרמב"ם שכתב דערב דבית דין משתעבד היינו שנעשה ערב לבית דין דבההיא הנאה דהימנוהו בית דין משתעבד אבל אם לא נעשה ערב לבית דין אפי' נעשה ערב לפניהם בעי קנין ושוב ראיתי להרדב"ז סימן רי"ח שכ' כדברי הרב כנסת הגדולה ע"ש וכן מצאתי למהר"ס ב"ב בתשובותיו הארוכות סימן תשי"א שכתב שכן משמ' מפירוש רשב"ם דדוקא ערב לבית דין של יתומים אבל ערב לחבירו אפילו לפני בית דין שחייבו לא עיין שם וכן לשון ראב"ן דף קי"א סוף בתרא וערב דב"ד שהאמינוהו בית דין בערבות משתעבד דבההיא הנאה דקא מהימני ליה וסומכים עליו גמר ומשעבד נפשיה וכן הלכה עכ"ל וזה לשון הרב תקות הדיינים סימן קפ"ב וכן אם בית דין עשו אותו ערב וכולי וכגון שבית דין היו רוצים לגבות מנכסי הלוה ואמר הניחהו ואני ערב הואיל ויש לו הנאה שהאמינוהו בית דין באותה הנאה שעבד עצמו למלוה וכו' עד כאן לשונו משמ' אפילו נעשה ערב לחבירו אם היו בית דין רוצים לגבות מנכסי הלוה ואמר לו הניחהו הוי ערב לבית דין ולאו דוקא ערב לבית דין של יתומים אבל

אם

אם לא היו בית דין רוצים לגבות מנכסי הלוה ונעשה זה ערב לפניהם לא נשתעבד בלא קנין מיהו מה שכתב ה' שהרדב"ז הכי סבירא ליה ז"ל הרדב"ז ומ"ש מפני שאמר כמודה בפני בית דין חשוב אינו כלום שהרי אין בית דין חשוב חוזר אלא על ההודאה לא על הערבות ונפקא מינה שלא יוכל לומר משטה אני בך אלא שתהיה הודאתו הודאה גמורה אבל לא מפני כך נעשה ערב לבית דין דהא טעמ' וכו' תדע שאם בא לבית דין ואמר להם אני מודה בפניכם וכו' כלום הוא משתעבד בשביל כך ולא יהיו דבריו אשר אמר כמודה בפני בית דין חשוב עדיף טפי ממה שהיה מודה בפני בית דין בפועל וכולי עיין שם משמע דוקא מודה בפני בית דין אבל אם נעשה ערב בפני בית דין הוי ערב וכן כתב הרמ"ה בסוף בתרא וזה לשונו ערב דבית דין שנכנס לו ערב בפני בית דין דאפי' לאחר מתן מעות לא בעי קנין וכו' דבההיא הנאה דקא מהימני ליה קמי בית דין גמר ומשעבד נפשיה וכולי עיין שם וכן לשון רב האיי בספר המקח שער כ"ו דכל ערב שהוא לאחר מתן מעות ואין עליו קנין ולא היה בפני בית דין אין וכולי עיין שם משמ' דערב לחבירו בפני בית דין משתעבד בלא קנין ועיין בתשו' הרדב"ז חלק שלישי סימן תק"ג ובתשו' מהר"י נבון בספר בית יהודה חלק ראשון סימן ל':

י"ד דין ג' אם החזיר השטר וכו' לאו דוקא שטר אלא ה"ה כת"י דכל שעש' מעש' ע"פ נשתעבד ה' עדות ביהוסף ח"א סי' מ"ב ע"ש:

ט"ו אפי' החזיר הלוה השטר אח"ך למלוה ודאי דלא נפטר הערב דכיון דבאותה שעה האמינו לערב והחזיר השטר ע"פ וכבר נשתעבד לא פקע שעבודיה בחזקת השטר מהר"י נבון בתשו' בס' בית יהודה סימן ל' עיין שם:

ט"ז כ' ה' בית דוד סימן ל"ת דאם הלוה בעיר ולא הניחו המלוה לילך וע"פ הערב הניחו הו"ל כהחזיר השטר או המשכון ע"פ דה"נ אין לך משכון גדול מזה שהיה תופס הלוה כאן ועוד דהו"ל כפטרו ע"פ מיהו אם אין ללוה מה לפרוע לא נשתעבד הערב עיין שם אבל הרדב"ז ח"ג סי' תק"ג נשאל על ראובן שתבע את שמעון לפני הפרנסים ואמר אתה ערבת לי בעד לוי בסך מעות שהיה חייב לי ולוי היה רוצה לפרש ביס ואני עכבתי שלא ילך עד שיפרעני ואתה אמרת הניחהו כי אני ערב בעדו השיב שמעון להד"מ ותבע ראובן שישבע שמעון ע"ז וכו' והשיב דאין שמעון חייב שבועה על טענה זו שאינה מחייבת ממון וחבירו פטור עש"ב הרי דס"ל דאפי' היה מעכבו שלא ילך למ"ה וע"פ הערב הניחו לא נשתעבד וכן כתב מהר"ש גרור בס' חוט המשולש סי' כ"ה בנדון כזה עיין שם ובספר בית יהודה ח"ב סימן פ"ע ועי' בתשו' הרדב"ז ח"ב סימן ק"ל:

י"ז ואם החזיר ע"פ השטר וכולי הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן ק"ל הגוי אם היה לו שטר או שהיה בידו משכון והחזירו ע"פ של ראובן חייב לשלם דהוי כנותן לו ואני נותן עיין שם וכן כתב בתשו' ח"ג סי' תר"ט בהחזיר לו משכון ע"פ דהוי כשעת מתן מעות ומשתעבד אפילו בלא קנין עיין שם וגר' דחזרת המשכון הוי כמתן מעות כיון דב"ח קנה משכון וגופו ממון אבל בחזרת השטר גר' עיקר דלא משתעבד ואפשר דגם הרדב"ז שכ' דמשתעבד בחזרת השטר ה"ד בערב לגוי דאשר פיהם דבר שוא:

י"ח אשה שילא ע"ק בעד בעלה שלא ברשותו אין ב"ח גובה מנדונייתא אלא כותבים לו פס"ד אם תתאלמן או תתגרש גובה ממנה מהריק"ש בתשובות סימן ק"ו עיי שם הטעם:

י"ט אם ע"פ החזיר המשכון וכו' אם לא המשכון שוה כנגד מעותיו י"ל דילמא מצי למימר כנגד מה שאינו שוה המשכון שלא בשעת מתן מעות ופטור וכולי ומסתברא לי דכיון שהלוה מחזר לפדות המשכון מיד המלוה גר' שאינו רוצה למכרו מפני שהוא חביב אצלו או מאיזה סיבה א"כ הוי כאלו שוה כל חובו וכיון שהחזיר לו המשכון על פיו הוי כשעת מתן מעות הרדב"ז ח"ג סימן תרכ"ו עיין שם:

ד' הגה וכן אם פטר הלוה וכולי הרמב"ם בספר פאר הדור סימן קפ"א על ראובן שהיה טוען על שמעון שיש לו י"ד דינרים והודה במקצת וכפר במקצת ובא לוי ואמר לראובן תמחול לשמעון הי"ד דינרים שאתה תובע לו ותפוס קנין על זה מחילה גמורה ואני אתן לך לזמן פ' ששה דינרים ועשו שטר וקנין כ' וז"ל ועכשיו שאמר לוי מחול לו התביעה כולה ואני אתן לך הששה דינרים וג' זוזים ומחל לו בקנין והקנה מן לוי על כך הרי לוי נשתעבד לראובן באותם הששה דינרים ואלו לא קנה ממנו על כך הרי יכול לחזור ולומר לו חזור לבע"ד וכו' שלא מחלת לו אלא ע"מ שאתן לך אני ועכשיו שאין אני נותן לך הרי מחילתך מחילה בטעות לך חזור אליו והשביעו אלא כיון שקנה ממנו על כך הרי שעבד עצמו וכו' עכ"ל הרי דס"ל דאפילו פטרו ומחלו' ע"פ הערב לא נשתעבד בלא קנין דחוזר על המלו' דמחיל' בטעות היא:

כ"א וכן אם פטר הלוה ע"פ הערב וכו' ה"ד כשכתב לו כתב פיטור או פטרו לפני עדים או הערב מודה שפטר הלוה בפי' ה' חוות יאיר סי' קל"ז ע"ש:

כ"ב וי"א דאם היו לערב מעות של לוה וכולי לכאו' ק' דא"כ אמאי תקנו מ"ש כהלכתא בלא טעמא ובספ"ק דגיטין איכא מ"ד דה"ד בפקדון אבל במלוה לא עי"ש ותפ"ל במלוה מדין ערב והתוס' שם הכריחו דבמ"ש קנה בע"כ דאל"כ למ"ד דוקא בפקדון למה הוצרכו לתקן מ"ש יאמר לו זכי וא"כ לומר דהוצרכו לתקן למקום שאין הפקדון ביד הנפקד אלא ביד אחרים ע"ש והו"ל דאל"כ ת"ל מדין ערב וי"ל ולדעת מהרש"ח סי' ס' דנתנו לו בהלואה במ"ש קנה דלא גרע ממתנה אפשר דלכך אהני מ"ש דערב לא שייך בהלואה:

כ"ג דין ד' וי"א שאינו משתעבד אלא בקנין וכו' כ"כ הטור בשם הרמ"ה וז"ל רב האיי בס' המקח שכ"ו ערב שערב למלוה ממון שהלוה ולא ערב אותו ממון אלא לאחר שהלוה וכו' אין על המלוה שיוכל לחטוף מהלקוחות שמכר להם הערב הזה כלום כדגרסי' ערב היוצא לאחר חיתום שטרות גובה מנכסים ב"ח וכו' ותדע דמה שאנו דנים על הערב שהוא כה"ג שיגבה המלוה ממנו מנכסי' ב"ח לא אמרן אלא היכא שקנו ממנו ואפי' שקנו ממנו כיון שהוא לאחר מ"מ כמ"ש אינו גובה מהמשועבדים ולא כלום דאי לאו דקנו מיניה וכו' אין על אותו ערב לפרוע לא מנכסי' משועבדים ולא מנכסי' ב"ח וכולי עכ"ל:

כ"ד וי"א שאינו משתעבד אלא בקנין וכולי משמע דאפי' בקנין אינו גובה אלא מב"ח ותמה הדרישה דבשו' כ' בשם הרמ"ה דערב בקנין אפי' לא כ' לו שטר טורף ממשעבדי וכו' ובטור דפוס א' כ' כאן הרמ"ך ולקמן הרמ"ה וכולי אבל ברוב ספרים הכא ג"כ הרמ"ה ותי' דס"ל דקנין בלא כתיבה עדיף עיין שם הטעם ודברי הרמ"ה הם בפ' ג"פ סי' כ"א הא דקתני ערב היוצא לאחר

לאחר חיתום שטרות גובה מנכסים ב"ח בדכתב ערב בכתב ידו דקנו אהאי ערבות והוא דידיע דכת"י הוא אלא שאין עדים חותמים עליו וכולי אבל ממשעבדי לא גבי ואע"ג דקנו מיניה דכיון דלא קנו מיניה בפני עדים לית ליה קלא וכולי עיין שם הרי דס"ל דה"ט דאינו גובה ממשעבדי משום דלא קנו מיניה בפני עדים ולית ליה קלא אבל אם יש עדים על הקנין גובה ממשעבדי כמו בקנין בעדים בע"פ שכ' בש"פ עיין שם :

כ"ה דין ה' כך הקבלן אינו משתעבד וכולי עי' בתשובות הרדב"ז ח"ב סימן ק"ל :

כ"ו דין ח' לא יתבע את הערב תחלה וכולי ואם עבר המלוה ותבע את הערב קודם שיתבע הלוה בעש"ג ותייבו אותו בדיניהם דמלוה בתר ערבא אזיל ומסר מודעא בפני עדים כי לא ברלוני אני נותן לו אלא הגוים מוליאין אותו מידי שלא ברלוני והריני חוזר לתובעו בדיני ישראל להחזיר לי עד שיתבע את הלוה מחייבים אותו ב"ד להחזיר לו עד שיתבע הלוה תחלה וכולי הרי"ף בתשו' סי' קכ"ו ע"ש :

כ"ז לא יתבע אם הערב תחלה וכו' ואפי' תפס המלוה מנכסי הערב מוליאין מידו דלא יתבע דקאמר אין לו עליו תביעה קאמר שאינו חייב לו עד שיתבע ללוה ולא ימלא לו נכסי' והוי כתופס ממי שאינו חייב לפורעו עדין ומוליאין מידו הרשב"א בתשו' ח"ב סימן כ"א ע"ש ונר' דמדמי לה למלוה בתוך הזמן דאין המלוה יכול לתפוס חוב שלא הגיע זמנו כדמוכח בהדיא בכתובות דף ק"י ע"ש וה"נ כל שלא תבע הלוה עדין לא הגיע זמן הערב ואין תפיסת המלוה כלום מיהו אם היה הערב מבזבז נכסיו אפשר לומר דכשיש פסידא כגון שהערב מבזבז נכסיו ותפס המלוה אין מוליאין מידו כמו שכתב הריב"ש סימן ק"ט על ירושה של שמעון שנפל ביד ראובן והיה חייב לו ורולה לעכב הירושה בידו כדי לפרוע מעות כשיגיע הזמן אינו יכול לעכב מיהו כשיש פסידא אין מוליאין מידו וכ"כ הרשב"א בתשו' שאם יראה לב"ד שהלוה מבזבז נכסיו וכשיגיע הזמן לא ימלא לגבות אין מוליאין מיד המלוה בתו"ז ע"ש וכן מבואר בהרא"ש והטור סי' קכ"ו ע"ש וה"נ אם הערב מבזבז נכסיו ואם ימתין עד שישלחו ללוה כשיגיע הזמן לא ימלא לגבות מהערב אפשר דהתפיסה תפיסה :

כ"ח הגה ואם אמר הלוה פרעתיך וכולי ז"ל מהר"ש בתש' הקלרות סי' פ"ג נוכאן יש ללמוד אם ראובן הלוה מעות לשמעון ונעשה לוי ערב ואח"ז טען שמעון פרעתי שלא בפני לוי וראובן אומר לא פרע ולוי אינו יודע אם פרע ישבע שמעון שפרע ויפטר וגם לוי פטור דכי היכי כשהלו' נשבע שפרע שוב לא יגבה מהלוה מנכסיו אע"פ שיש להם דין ערב וה"נ וכולי עכ"ל וכ' הכנה"ג בתשו' סימן פ"ג דאם היה ערב לגוי והגוי נפטר מהלו' בדיניהם גם הערב פטור ואפילו אינו זוכה בדינם אלא בדיניו הערב פטור ע"ש :

כ"ט ואם אמר הלוה פרעתיך והיא מלוה ע"פ וכו' אם היא מלוה בשטר והלוה טוען פרוע ואין לו עדים אלא הערבים כתב הרדב"ז ח"ב סי' ק"ג דאפי' יתן הלוה הסך ההוא ביד הערבים פסולים להעיד לו דנוגעים בעדות' כמ"ש הרשב"א והר"ן גבי חזק' דאם השוכרים פרעו כבר השכירות אפילו חוזר ונותנו להם שיתנו למי שיזכה בהם חשיבי נוגעי' בעדות' כיון שזה שעשה להם טובה שהלילם מהפסד ואפי' החולקים בהשוכרים מודה בנ"ד דא"כ לעולם לא יוכל לגבות החוב שיש בו ערבים שיעשו קנוניא הלוה והערב ויסתלקו ויעידו לו ע"ש ומרן בסי' ל"ז סי"ב פסק דאם החזיר המשכיר דמי השכירות לשוכר מעיד לו ע"ש בהש"ך ומ"ש דחיישי' לקנוניא הלוה עם הערב ק' דא"כ נמי ניחוש לקנוניא דמשכיר והשוכר :

ל' הערב חייב לשלם וכולי כתב הב"ח דס"ל דחייב הערב אפילו בלא קנין ומ"ש הרשב"א שהרי חייב עלמו בקנין נ"ל דמיירי בערב אחר שהשאיל לו החפץ אבל אם נעשה ערב בשעה שהשאיל לו החפץ אפילו בלא קנין נשתעבד מיהו למעשה אי נמי להוליא ממון אפילו בערב בשעת שאלה אלא בקנין בב"ד חשוב או באומר מנכסיו עיין שם ובתשו' הרשב"א חלק שני סי' כ"ב מבואר כן וז"ל ומפני זה אני חושש שמא הערב שחייב עלמו בק"ס ב"ל מנכסיו חייב עלמו וא"כ נראי' הדברים שהוא חייב ואף על פה שאמר השואל בל' אסמכת' וזה אומר ואני ערב מ"מ הערב הזה חייב עלמו בלא אסמכתא אף על פה שאמר בל' ערבות מה בכך הרי חייב עלמו בקנין ומנכסיו וכולי עיין שם הרי שכ' בהדיא דלא נשתעבד הערב אלא בקנין ומנכסיו דלא הוי אסמכתא אבל לא אמר מנכסיו לא נשתעבד ועיין בספר משפט לדק חלק ב' סימן ע"ח דגם הוא ס"ל דהערב נשתעבד אפילו באסמכתא וכן כתב הרב בית דוד בחי"ד סימן ל"ב עיין שם :

ל"א אם מסר הלוה מודעא וע"י המודעא נפטר הלוה גם הערב פטור מהרש"ך ומהרשד"ם ולכאור' דמי דין זה לדין אסמכתא שכתב הרשב"א שאף על פה שהלוה פטור הערב חייב ושוב ראיתי למהרש"ך סימן קל"ז שכתב דשאני נדון הרשב"א דעל הערבות נתן החפץ אבל אם המלוה לא נתן כלום ע"פ ערבות אלא שהיה כופהו להתחייב ונתחייב מחמת אונס אם הלוה פטור גם הערב פטור הכנה"ג עיין שם ועיין עוד במהרש"ך חלק שני סימן י"ח וסימן ר"ז עיין שם :

ל"ב ערב על חוב בשטר שאין בו אלא עד אחד ומת הלוה טוענין' ליורשים להד"מ להכחיש וממילא הערב פטור הרשב"ש סימן רכ"ח עיין שם :

ל"ג דין ט' חזר אחר הלוה ולא מלא כלום וכולי כתב הסמ"ע ר"ל שלא מכר גם כן קרקעות לאחר דאלו מכר יטרוף מהלקוחות קודס שיתב' מהערב טור סי"ו בשם ר"ח עיין שם והרדב"ז בתשוב' חלק ב' סימן תפס"א כ' שדעת הרשב"א. בתשו' שיגבה מהערב ולא מהלקוחות שנכסי הערב כב"ח לגבי משעבדי' ובסוף התשו' כתב שלריך להתישב בדבר ואם היה ערב קבלן הדעת נותנת כמ"ש הרב ואפילו רולה המלוה לגבות מהלקוחות דוחין אותו אלל הערב וכולי אבל אם הוא ערב סתם דכל שיש נכסים ללוה לא יתבע את הערב אפילו מכרם עדין הם משועבדים למלוה לא נכנס לו ערב אלא על סמך קרקעות של לוה וכולי עיין שם :

ל"ד דין יו"ד ואם אין הלוה בפנינו וכו' כ' מרן הב"י בשם הרשב"א שכתב וזה ל' ישראל שנעשה ערב לישראל מחמת גוי אם יכול הערב לטעון שמא פרעך הגוי תשו' בפרק הכותב פ' הרי"ף דבכל חוב נמי נפרעין שלא בפניו וכולי מיהו אפשר לומר דדוקא גבי ערבות דלוה הוא דלא חיישינן לשובר וכולי אבל לגבי ערב דעלמא לא דמאי חזית דעבדת תקנתא למלוה ולא לערב זה נסתפק לי ואף על פה שמלאתי לרב נמח גאון שאף בערב דעלמא תקנו כן וכו' ונראה מדבריו דאפילו במלוה בשטר חיישינן שמא פרעו לוה וכ' לו שובר עיין שם ותשו' הרשב"א היא בחלק שני סימן קס"ב

קמ"ב ושם בסימן כ"א השכים לענין הדין דמפיהם אנו חיין ושיתשה תורה וכ"ש תורת' וכתב טעם לדבר עיין שם באורך וכ"כ ה' העיטור בדיני ערבות דף ס"א וז"ל ודוקא וכולי דאפשר לשדורי ליה ולאודעיה הא לא אפשר נפרע שלא בפניו דקיימא לן כרבא אר"ן בפרק הכותב אפי' ב"ח וכו' הילכך ה"ה ליתיה ללוה נפרע מן הערב תחלה בשבו' עד כאן לשונו ובודאי בשטר מיירי דבכת"י או בשטר שיכול לטעון טענה לפטור עצמו בשבו' אין נפרעין שלא בפניו כמ"ש מהריק"ו שרש פ"ט ושאר אחרונים עיין שם וה"ה בערבות ואם כן לדעת הרשב"א אפילו בשטר חיישינן לשובר ועיין בתשו' הגאונים סימן שב"ג :

ל"ה תוך ל' יום וכולי ואם תוך הזמן הזה תפס המלוה מן הערב ודאי דמוציאין ממנו הרשב"א בתשו' חלק ב' סימן כ"א עיין שם ועמ"ש בסימן ע"ג דין ב' :

ל"ו ואם הוא במדינת הים וכולי עיין בתשו' הרשב"א חלק ב' סימן כ"א וסי' קס"ב וסי' רפ"ט ועיין באחרונים ז"ל :

ל"ז אם הוא גברא אלמא וכולי וכן כתב מהר"י ן' הרא"ש בתשו' סימן ס' :

ל"ח דין י"ב דוקא כשהמלוה בשטר וכולי ואף על גב דבשטר נמי איכא למיחש שמא פרעו וכתב לו שובר חששא רחוקה היא מרן בבית יוסף והרב כנסת הגדולה אות מ"ה הוכיח מזה דגובה מהערב בלא שבו' ול"ד לבא ליפר' מנכסי הלוה שלא בפניו דצריך שבו' עיין שם באורך גם הרדב"ז בתשו' חלק ב' סימן שע"ט כתב דאם טען הערב שמא פרעך הלוה אין נשבעין על טענת שמא אבל אם טען ודאי שפרעך נשב' המלוה שלא נפרע משטר זה וגובה מן הערב עיין שם ודברי הרב תמוהים שהרי כתב הב"י בפרק גט פשוט בשם הגאונים דאינו נפר' מן הערב אלא בשבו' שלא נפר' מן הלוה כדין הבא ליפר' מן היורשים וכן הדין בקבלן עיין שם משמע דאין נפר' מן הערב אפילו בטענת ספק בלא שבו' כדין הבא ליפר' מן היורשים דצריך ליש' אפילו על הספק וכן כתב הטור בסימן ק"ח דאם לא ירשו בני הלוה נכסים מאביהם גובים בני המלוה מן הערב בשבו' משמע דאביהם לא היה גובה מהערב אלא בשבו' דאל"כ השתא אבוהון שקיל בלא שבו' ואינהו בשבו' וכן כתב הסמ"ע ס"ק כ"ח דבמלוה בשטר כשבא לגבות המלוה נשב' שעדין חייב לו כמבואר בסימן קי"ד במלוה שבא לטרוף מהלקוחות דלוה עיין שם וכבר ה' כנה"ג עצמו בהגה"ט אות כ"ה הביא דברי הב"י וכ' שלא ראה להפוסקים שהזכירו זה עיין שם ולא זכר דברי הטור ומה שכתב מרן דשמא פרעו וכתב לו שובר חששא רחוקה היא ה"ד לדחות הפירעון אבל לגבי שבו' בקל רמי' שבו' אפילו בטענה דלא שכיחה שהרי טענת דשטרך בידי מ"ב לא מהני לפטור המלוה משבו' אם טען הלוה השבע לי אף על גב דאין הלוה נאמן לומר שפרעו וליש' מה"ט דשטרך בידי מ"ב וזה ל' הרא"ש ריש בתרא סימן ע' ולהכי נמי אמרינן טעמא משום צררי ולא משום פירעון דחשש פירעון אינו מספיק אלא לענין שבו' ולא לדחות הפירעון עד שיגדלו משום דא"א דפר' אבוהון הוה מהדר ליה שטרא ולא חיישינן שמא יבאו עדים שפרעו והניח השטר בידו דלא שכיחא היא עיין שם :

ט"ל אבל אם היא מלוה על פה וכולי מלוה בשטר על ידי ערב אפילו נמחל שעבוד השטר דלא חשבי' ליה מלוה בשטר לענין שאינו טורף מלקוחות אבל לא לענין שיהא נאמן לומר פרעתי דהא איכא טעמא שטרך בידי מ"ב הרדב"ז ח"ב סימן קכ"ד עיין שם :

מ' דחיישי' שמא פרעו וכולי הב"ח בתשו' סימן ל"א כ' דה"ד בערב סתם דהוי כאומר איני יודע אם הלויתני אבל בקבלן ודאי נפרע ממנו דהוי כאומר איני יודע אם פרעתיך והוא הדין גבי גוי דבתר ערבא אזיל יש לו דין קבלן ואינו יכול לטעון שמא פרעך הגוי דהוי כאומר איני יודע אם פרעתיך עיין שם ועיין במהראנ"ח חלק ב' סימן א' :

מ"א מלוה על פה אינו גובה מהערב משום דטוענ' שמא פרעו הלוה ואם הוא בתוך הזמן גובה מהערב דודאי לא פרעו כמו שגובה מן היורשים ויש להסתפק אם טוענ' לו טענת מחילה דאין טוענים אותה ליורשים ועיין בתשו' מהראנ"ח סימן כ"א שכתב דטוענ' לערב טענת מחילה ולכאו' נראה דאף על גב דאין טוענ' ליורשים טענת מחילה דלא שכיחא מ"מ לגבי ערב דאינו חייב אלא מה שחייב הלוה וכיון דהלוה אם טען מחלת לי נאמן אין מחייבי' את הערב אבל הא ליתא דלא עדיף ערב (א"ה עכ"מ) :

מ"ב דין י"ד התנה המלוה עם הערב וכולי עיין בתשו' הרב פרח מטה אהרן חלק שני סימן קכ"ב :

מ"ג ויש חולקים בזה וכו' וז"ל הרמ"ה בפרק ג"פ סימן קכ"ח וכתב אם כן הא תנאה מאי אהני ליה אהני דכי אין נכסים ידועים ללוה יתב' הערב תחלה דאי מסתמא אף על גב דלא חזי' נכסים ידועים ללוה לא יתב' הערב עד דתב' ליה ללוה דילמא משכח ליה מידי ומיפר' מניה וכי לא משכח מידי יתב' הערב ויפר' הימנו והשתא דא"ל על מנת שאפרע ממי שארצה אהני ליה דכי אין נכסים ללוה לא מטרחינן ליה למיתבעיה ללוה ברישא אלא יתב' הערב תחלה וכו' הילכך אהני ל' ערבות דאי יש נכסים ידועים ללוה לא יתב' הערב תחל' ואהני ליה האי תנאה בע"מ שאפר' ממי שארצה דאי אין נכסים ידו' ללוה יתב' הערב תחלה אבל אם יש נכסים ידועים ללוה לא יתב' הערב תחלה דאם כן לשון ערבות מאי אהני ליה וכולי עיין שם ונראה דסבירא ליה דאם יש נכסים ידו' ללוה אפילו אמר אפר' ממי שארצה תחלה לא יתב' הערב תחלה מהאי טעמא דאם כן מאי אהני ליה לשון ערבות כדעת הראב"ד אבל אם התנה בהדיא בין שיש לו נכסים ידו' ללוה בין שאין לו מודים הראב"ד והרמ"ה דיכול לתבו' הערב תחלה דלא שייך ה"ט אבל הרשב"א סבירא ליה דאפילו התנה בפירוש בין שיש לו נכסים ידו' ללוה לא יתב' הערב תחלה מטעם אחר שכ' בתשו' חלק שלישי סימן שס"א עיין שם וכתב ה' כנה"ג אות ס"ט דלא מצינו חבר להרשב"א ויש לדון דיגב' מן הערב אבל אם לא התנה בהדיא אלא שאפר' ממי שארצה תחלה ודאי דיכול המוחזק לומר קים ליה כמו הראב"ד והרמ"ה והרשב"א :

מ"ד אם אין נכסים ללוה אפי' הסחור' עצמה קיימ' אין הערב יכול לומר הרי שלך לפניך וכיון שרצה הלוה להחזירה נפטר הערב דכיון שזקפה הלוה וככ' הערב אינו נפטר בחזרת המקח אלא בשויו וישלם הערב השאר או המקח לעצמו וישלם הדמים מביתו אחר שנזקק החוב מהריק"ש בתשו' סימן קט"ו עיין שם :

מ"ה דין ט"ז יש מי שאומר שהדין עם הקבלן כ"ל דלכך כ' יש מי שאומר כיון שהקבלן טוען שמא והלוה מודה שלא פרעו אבל אם הלוה אומ' גם

גם כן שפרעו פשיטא ליה דפטור הקבלן הש"ך ותשובות הרשב"א היא בחלק שני סימן שס"ז וז"ל הדין עם הקבלן ומשנה שלימה שנינו מצא שטר"ח אם יש בהם אחריות נכסים לא יחזיר שבית דין נפרעים מהם והוקינן אפילו כשחייב מודה ולפירעון ולקנוניא חיישינן ואף על גב דנכסיי דבר איניש ערבין ביה ואם מי שנפל שט"ח ונמצא שאינו קרו' ולא ביד לוה חיישינן בשאינו נמצא ושמא קרו' הוא ביד לוה לכ"ש ואל תשיבני שאני נכסים שאינם קבלנים אלא ערבים דכל שאין נכסים ללוה מיהא הרי נפרעים מהם וכו' עכ"ל הרי שכתב ראיה ברורה דאפי' הלוה מודה שלא פרעו חיישינן לקנוניא ואין מחמירין לגבות אפי' מודה הלוה שהם ערבים וכל שכן שאינו גובה מהערב בשטר שאינו מצוי ואי משום דא"ל דשאני נכסים שאינם קבלני' אלא ערבים כתב יש מי שאומר וכו' ומהריק"ש בתשובו' בספר אהלי יעקב סימן י"ח כתב דאם טען המלוה על הקבלן בבריא אתה יוד' שאין חובי פרוע פשיטא דחייב שבו' עיין שם אבל אם לא טען בריא אתה יוד' שאינו פרו' אין צריך שבו' אלא חרם סתם וזהו כמ"ש הרמב"ם ומרן בסימן ל"ג סי"ג גבי שותפים טען שמעון שיש ללוי חוב זה וכו' אינו נאמן להוציא מיד ראובן שמא קנוניא הם עושים וכו' אבל אם טען שמ' שראובן יודע בודאי שזה החוב וכו' הללו הוא ישב' ראובן היסת וכו' עיי"ש אלמא אם טען בריא אתה יוד' צריך לישב' ואף על גב דגבי מנה לי בידך והלה אומר איני יוד' משמע דאפילו תבעו סתם ולא טען אתה יוד' צריך לישב' משום דשותף משתמא לא ידע כמו שכתב הרב ב"ח בסימן ע"ה ע"ש והכא נמי ערב הוי כשותף ואם טען המלוה בריא אתה יוד' צריך לישב' ואם לאו אין צריך לישב':

מ"ו דין י"ז א"ל תן לו ואני נותן לך וכולי התוס' דע"ז דס"ג בד"ה ואינו וכו' הוכיחו דאם א"ל תן מנה לפ' או הלוהו ויהא קנוי לו והוא יהיה פטור ממך ואני נותן לך או ואני פורע הערב חייב ומשתעבדין נכסיו וכן הוכיחו תלמידי הרשב"א בח' לקידושי' ד' ז' ע"א:

מ"ז דין י"ח תן לו ואני ערב וכולי אבל אם לא אמר ואני ערב ולא ואני אהיה לך ערב משמע שיהא ערב לאח"ז והו"ל כערב לאחר מתן מעות דצריך קנין ה' כרם שלמה סי' כ"ז ע"ש:

מ"ח הגה וי"א תן לו ואני קבלן הוי קבלן וכ"כ הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' ק"ל ע"ש ועי' במהריט"ץ סי' ל"ד:

מ"ט דין י"ט אין יכול לתבוע אלא את הקבלן וכולי ואינו נפרע ממנו אלא בשבועה שלא נפרע מן הלוה כדין הבא ליפרע מנכסי יתומי' כמ"ש הנ"י בפ' ג"פ בשם הגאוני' עי"ש וא"כ אם מת מלוה אין יורשיו גובין מן הקבלן דאין אדם מש"ל כדין הבא ליפרע מהיורשים אבל אם היה גובה מן הלוה לא היה צריך לישבע אא"כ א"ל השבע לי ואם מת המלוה יורשי' גובים מהלוה דלא אמרי' אין אמש"ל בשבועה זו כמ"ש בסי' ק"ח דין י"א עש"ב:

נ' דין כ"א אינו יכול לגבות מהלקוחות וכו' מב"ח דלוה ג"כ אינו יכול לגבות כיון דנשא ונתן ביד אלא שמב"ח דלוה אין כ"מ דהא אף לאחר שיגבה מהקבלן קבלן יחזור על הלוה ויגבה ממנו מש"כ מהלקוחות דאין הקבלן יכול לחזור עליו עד שימסור המלו' שט"ח דכך קיי' שטרות הש"ע וכן כתב הרשב"א בתשו' סי' תקפ"ח וז"ל וא"ת מאי כ"ל ללקוחות בדחייה זאת הא אפילו אם המלוה יגבה מן הערב יחזור הערב עלי' וי"ל דכ"מ כגון דלא כתב המלוה לערב התקבלתי והו"ל ערב לגבי לוה כמלוה ע"פ והדרישה הביאו וכ' שזה דוחק לכ"נ דכ"מ אם הקבלן הוא קרוב של לקוחות או באיזה ענין אחר שהוא לא יטפל לתבוע ולהוציא מיד הלקוחות:

זו שייך לדין א':

ערב וכו' מי שנעשה ערב על מי שיקח פ' בהלואה מכל אדם כ' מהר"ש אלשיך סי' ל"ז דאפי' לא ידע למי יתחייב נשתעבד והביא ראיה ע"ש וכן כתב מהרשד"ם סימן וה' מח"א:

סימן ק"ל

א' דין ב' אבל אם עמד מעצמו וכו' משמע דאם הסכים הלוה בכך אע"פ שהערב התחיל בדבר הוי ערב ברשות מהריק"ש בתשו' בס' אהלי יעקב סימן י"ז עש"ב:

ב' ואם אמר ליה הלוה הכנס קבלן וכולי אבל הרשב"ש בתשו' סי' תק"ע כ' וז"ל ואעפ"כ כדברי הרמב"ם נר' בערב שכשם שפורע חובו של חבירו שלא מדעתו אינו חייב לשלם כן הדבר הזה כיון שלא היה יכול ליפרע מן הערב תחלה והי"ל לתבוע ללוה תחלה שמא היה מפייסו ואפי' בקבלן כל שלא תבעו בב"ד שמא היה מפייסו ואפילו התנה עליה' שאפרע ממי שארצה כל שלא העמידו בב"ד יכול לטעון הלוה שמא הייתי מפייסו אבל אם העמידו בב"ד והב"ד חייבוהו שוב אין טענה ללוה כיון שהוא א"ל ערבני וכו' עיין שם הרי דס"ל אפילו בקבלן והתנה עליהם שאפרע ממי שארצה כשלא תבעו בב"ד פטור וגם נדון שלו בערב לגוי דדמי לקבלן כיון דגוי בתר ערבא אזיל כמ"ש מהרשד"ם סימן קי"ח ואפ"ה ס"ל דפטור כפורע שלא מדעתו ודלא כמור"ם בסימן קכ"ח שפסק דאם פרע לגוי חייב עיין שם בהש"ך סק"ו מיהו ל' הרמב"ם משמע דקבלן אפי' לא הרשהו לפרוע חייב והטור כ' בשם הראב"ד דבסתמא כיון שא"ל ערבני כאלו הרשהו דמי עיין שם וכן כתב בעה"ת שער ל"ה סימן מ"ה עיין שם משמע דאם לא א"ל ערבני לכ"ע פטור וכן כתב הרשב"ש בתשו' שם ובסימן קכ"ז עיין שם וכן דעת הרמ"ה בפ' ג"פ סי' קל"ג וז"ל ואי ק"ל כיון דקי"ל דהאי עובדא דערבא דפרעה למלוה מקמי דליתבעי ליתמי כדהוה יכיל לדחויי למלוה לגבי יתמי ולא דחי' עסיקי' וכולי ליהוי כפורע חובתו של חבירו שלא מדעתו דקי"ל הניח מעותיו על קרן הצבי יכיל' לשנויי לך כגון דא"ל לוה מעיקרא לערב ערבני ושלם דכי קדים ופרעיה למלו' שליחותי' דלוה קעביד ולא פורע חובתו שלא מדעתו מיהו שינויי דחיקי לא משני' לך דהא פשט דגמ' בסתם ערב בסתמא קא אמר ועוד דאי מה"ט אע"ג דא"ל ערבני ושלם נמי לא הוה מחייבי' יתמי לשלומי ליה מידי דבשלמא אי שלם מחייב לוה ניחא אלא הכא דכי שלם לאחר מיתת לוה הוא וכו' אלא הכא ה"ט דכי אמרי' הפורע חובתו של חבירו שלא מדעתו הניח מעותיו על קרן הצבי ה"מ בעלמא דלא רמי עליה חובא למפרע להאי חוב מחמת הלוה כלל דאיהו דאפסיד אנפשיה דפרע מידי דלא רמיא עלי' שעבודא כלל אבל ערב דהא לא יכיל המלו' לאפרעוי' חוביה מיניה דלוה או מיתמי דיליה הוא מחייב הערב למיפרעיה אף על גב דהוה יכיל ערב למידחייה למלוה לגבי לוה או לגבי יתמי דלוה ולא דחייה אלא קדם ופרע לאו כפורע חובתו של חבירו שלא מדעתו דמי דלא ניחא ליה

ליה למשכניה לשעבודיה דב"ח עלויה דלא ליתזיל נכסיו או מחמת מידי אחריכא ובמאן דפרע ע"כ דמי עכ"ל וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ג סימן ר"א וסימן של"ד וז"ל ואפילו ערב דפרע משלו על של חבירו אין הלוה יכול לומר לו לערב משלך פרעת שלא מדעתי' ואיני חייב לשלם כדין פורע חובו של חבירו וכדמוכח בשלהי ג"פ בההוא ערבא דיתמי וכו' עכ"ל הרי דהרמ"ה והרשב"א ס"ל כדעת הראב"ד דערב שפרע שלא מדעתו של לוה לא הוי כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו וחייב הלוה לשלם לו אבל אם לא א"ל ערבני ונעשה שלא מדעת הלוה מבמ' דלכ"ע פטור וכן ראיתי להריטב"א הובא בש' א"ז לכתובות בר"פ המדיר גבי באומר כל הזן לא יפסיד וכולי וז"ל ושמעי' מהכא שהנכנס ערב לחבירו או המתחייב לחבירו בשום דבר שלא במאמרו אינו חייב לשלם לו כלום ולפיכך צריך לכתוב בשטרי ערבות שנכנס ערב על פיו שאל"כ אין הערב גובה כלום מן הלוה וכ"כ הראב"ד וכ"כ מדברי הרמב"ם עכ"ל הרי שהוכיח דאם נכנס ערב שלא מדעת הלוה אינו חייב לשלם לו .וש"כ הראב"ד והגד"ת בשער ל"ה סימן ל"א דהא דלא רצו לפרש אפילו בלא הרשהו כלל כי היכי דלא ליהוי מחלוקת רחוקה מן הקצה אל הקצה ע"ש ועי' בהסמ"ע ס"ק י"א :

ג' דין ג' ואם כתב המלוה לערב קבלתי ממך וכולי (א"ה השאלה נאבדה ומתוך התשו' נתבארה השאלה) תשו' כתב הטור וז"ל וכן אין הערב גובה מהלוה עד שיביא עדים שפרעו בשבילו אבל כל זמן שאין לו עדים אינו גובה ממנו כלום אפילו אם שט"ח בידו וכולי שיכול לומר פרעתי למלוה והחזירו לי ונפל ממני ומצאתו או לא פרעת עדיין למלוה וכולי או יכול לומר לו פרעתיך כי אין שטר חוב שבידו ראיה לעשותו מלוה בשטר עד כאן לשונו ולכאורה נראה דנקט דוקא ערב אבל קבלן אפילו אין לו עדים שפר' גובה מהלוה ורשב"ם בפרק ח"ה גבי ההוא ערבא דאמר ללוה וכולי כתב וזה לשונו כגון ערב קבלן אי נמי כגון שאמר הלוה בשעת הלואה ממני שארצה אפר' וכתב בש"מ שם וז"ל ונראה שפי' כן משום דערב בעלמא מ"ל לא מהימנת לי שפרעתו ושטר שבידך פקדון ואפילו פרעתו אי לאו דתבעני תחלה לא הו"ל למיפרעיה וכולי וכיון שכן הו"ל כפור' חובו של חבירו שלא מדעתו דפטור אבל לערב קבלן ל"ל הכי ויש מי שאומר שאפילו בערב קבלן יכול לומר לא מהימנת ליה דפרעת וכולי עד כאן לשונו ואם כן הטור שלא כתב ערב או קבלן כדלעיל משמע דוקא נקט ערב אבל קבלן גובה מהלוה ואינו יכול לומר לא מהימנת לי דפרעת וממילא אינו יכול לומר לערב פרעתיך שהרי כתב הב"ח דדוקא כשאין עדים לערב שפר' ולא כתב לו נמי המלוה התקבלתי נאמן הלוה לומר פרעתי' במגו דאי בעי אמר פרעתי למלוה וכולי ולא מ"ל שטרך בידי מ"ב כיון דא"ל מגו ומגו דאורייתא לא אלימא הך טענה דשטרך בידי מ"ב דהאי שטרא לא נכתב אלא מלוה למלוה כמ"ש הטור שאין השט"ח שבידו ראיה דלמ"ל פרעתיך עיין שם וכן משמע מדברי הרמב"ם בפרק כ"ו מהלכות מלוה דין ז' שכתב כל ערב שבא ליטול מה שפר' וכולי צריך להביא ראיה ואין מציאת שטר חוב שעליו ביד הערב שפר' שמא נפל השטר מיד המלוה ולא פרע זה כלום עיין שם משמע דאם הביא ראיה שפר' גובה ואין הלוה יכול לומר פרעתי' דהשטר שבידו ראיה כיון דליכא מגו ואם כן הכא נמי גבי קבלן לדעת רשב"ם אינו נאמן לומר פרעתיך מה"ט וכן מוכח התם דאל"כ מאי מ"ל התם הא כיון דנאמן לומר פרעתיך בטל השטר והו"ל כמלוה על פה ופשיטא דנאמן לומר דלא הדר שקליה אלא ע"כ אינו נאמן לומר פרעתיך כיון דליכא מגו אבל מדברי מהרא"ד"ב בספר לחם רב בסימן ל"ה בב' שנתחייבו לגוי בשטר א' וטען א' שפר' לגוי והשטר שבידו דנאמן לומר פרעתיך משמע דאפילו הגוי פור' ממי שירצה דגוי בתר ערבא אזיל וכל שכן שנתחייבו ב' בשטר וכו' ל' הרמב"ם שכ' כל ערב וכולי משמע אפי' קבלן וכן משמע מדברי הרא"ש שם שכתב וערב קבלן היה וכולי והביא דברי הר' יונה דמיירי שכתב לו המלוה התקבלתי וז"ל הטור ברמזים שם ערב קבלן שמראה שטר וכולי צריך לפורעו והוא שכתב לו המלוה התקבלתי הא לא"ה לא עיין שם מיהו בכ"ד שזקף החוב בעש"ג על הערב אפשר דלכ"ע אין צריך עדים ואין הלוה נאמן לימר פרעתי למלוה או היכי מאמינך שפרעתיו דדוקא גבי קבלן דביד המלוה לגבות מאיזה שירצה יכול לטעון פרעתיו או לא פרעתיו אבל ראיתי למהרשד"ם סימן פ"ו שכתב דאפילו זקף עליו החוב במלוה לא נסתלק שעבוד האחר והסכים עמו הרב בני חיי בסימן קכ"ו דלא נסתלק שיעבוד הלוה ולא הוי רק כקבלן דרצה מזה גובה רצה מזה גובה עיין שם ושוב ראיתי למהרשד"ם סימן כ"ה שכתב דאפשר לחלק בין ערב לשותף משום דהערב אינו חייב כלום למלוה ולכך יכול לומר לא פרעת וכולי מיהו יכול לטעון פרעתיך ואין השטר חוב שבידו ראיה עיין שם משמע דס"ל דאפילו ליכא מגו נאמן לומר פרעתיך וכן מצאתי להרשב"א בתשו' חלק ג' סימן מ"א שכתב ראובן ושמעון היו חייבים ללאה אמם מנה בשטר משכונה על כרם א' לימים נפטרו ראובן ושמעון ולאה ויורשי שמעון מצאו שטר חוב הנז' בין שטרותיו של אביהם ותבע מחלית המנה מיורשי ראובן שאומרים שפרעו אביהם ללאה אמו וכולי תשו' דברי בני שמעון בטלים ואין בהם ממש חדא שאפילו פר' שמעון כל החוב לאמו ואמו מכרה לו השטר הא קיימא לן דאותיות אין נקנות במסירה וצריך כו"מ וכן אם נתנתם לו במתנה ואם פרעו שמעון בלא שתמכרנו לו אמו הו"ל פור' חובו של חבירו שלא מדעתו דהניח מעותיו על קרן הצבי ולא עוד אלא שאפילו א"ל לך פרע ואני אשלם לך חזר מה שנתחייב לו ראובן מלוה על פה ומלוה על פה אינה גובה מהיורשים דשמא פרע אביהם וכולי עד כאן לשונו ודברי הב"ח תמוהים דאי משום מגו בכל שטר חוב דעלמא לא אמרינן הך טענה דשטרך בידי מ"ב דהא קיימא לן כמאן דאמר מודה בשטר שכ' צריך לקיימו ונאמן לומר פרוע במגו דיכול לומר מזוייף ובפרק המוכר את הבית אמרינן המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתיו במגו דנאנסו ולא אמרינן שטרך בידי מ"ב וכתב רשב"ם אבל המלוה את חבירו בשטר ל"מ טעין לוה פרעתי דא"ל אידך שטרך בידי מ"ב וגבי לוה ליכא שום מגו וכולי עיין שם משמע דבשט"ח נמי אי איכא מגו נאמן וגם למאי דס"ד התם דאינו נאמן במגו כ' התוס' שם אפילו למאן דאמר מודה בשטר שכתב צריך לקיימו ונאמן לומר פרעתי ולא אמרי' שטרך בידי מאי בעי התם משום דזימנין אפשיטי דספרא זייר ליה וכולי עיין שם ואם כן הכא נמי ל"ל ה"ט כי אין השטר חוב שבידו ראיה וכולי ובלא"ה לא דחי' מגו וכל שכן לדעת הר' יונה דאינו גובה ממשעבדי דלא אלימא כ"כ דשטרך בידי מ"ב אלא ודאי בלא מגו נמי אפילו יש עדים לערב שפר' בשבילו והחזיר לו השטר נאמן הלוה לומר פרעתיך מה"ט דאין השטר שבידו ראיה ודוקא כשכ' לו התקבלתי אינו נאמן וזה ל' הרמ"ה בפרק גט פשוט סימן קל"ד ומוקמי לה רבוותא כגון דכ' ליה התקבלתי

חוב

חוב זה והעמדתיך במקומי דכיון דאוקמי' בדוכתיה הו"ל כמאן דאקני ליה אדעתא דשטרא בכו"מ דהא כתב ליה התקבלתי ומסריה לשטרא ניהליה ופשטא דגמרא דאע"ג דלא כתב ליה העמדתיך במקומי כיון דכתב ליה התקבלתי ממך זה החוב כמאן דכתב ליה העמדתיך במקומי דמי דלהכי טרח ליה וכתב התקבלתי לאוקומי בדוכתיה והו"ל מלוה בשטר וכולי עד כאן לשונו הרי מבואר דס"ל דכיון דכתב ליה התקבלתי כמאן דכתב ליה העמדתיך במקומי והו"ל מלוה בשטר ואם כן גובה מהלקוחות כדעת רשב"ם ואם כן דעת רשב"ם והרמ"ה והר' יונה והטור דאם א"ל התקבלתי אינו יכול לטעון הערב פרעתיך ול"פ אלא לטרוף מהלקוחות וכן פסק הרדב"ז ח"ב סימן תנ"ו דאם יש שטר ביד הערב אין הלוה נאמן מטעם שטרך בידי מאי בעי אבל אם אין שטר ביד הערב אפילו היה מודה שהיה שטר יכול לטעון פרעתיך עיין שם והש"ך כ' כמה פוסקים ס"ל דנאמן לומר פרעתיך אם לא קנה השטר בכו"מ וכן דעת רש"ל בתשוב' סימן ל"ג והב"ח בסש"י ע"ז כ' עליו דלא דק דהתקבלתי פשיטא דגובה בו וכולי והוא לא דק וסותר דברי עצמו שהביא כאן כמה פוסקים דס"ל כדעת רש"ל עיין שם באורך והוא לא ראה תשו' הב"ח סימן ל"ו שכתב ע"ד רש"ל ז"ל והיינו כשיטת התו' והרשב"א בשם רבו הר' יונה אלא דק' לע"ד הראיה שהביא נמ"ש בסימן ע"ז איש ואשתו שלוו וכולי אינה נאמנת אלא במגו דפרעתיך דס"מ דאע"פ שש"ח ביד הבעל או ביד היורשים נאמנת לומר פרעתיך וכולי אם כן דברי הטור סתרי אהדדי דהלא בסימן ק"ל פ' להדיא דבכ' לו התקבלתי אינו נאמן לומר פרעתיך וכולי עיין שם באורך הרי שכתב דרש"ל סבירא ליה כדעת התוס' והר' יונה והרשב"א ולא דחה אותו אלא במ"ש בדעת הטור כן והב"ח שם כ' בשם מהר"ל מפראג לחלק בין ערב לב' שלוו ומה שדחה ז"ל וא"ת דבב' שלוו אפילו כ' לו התקבלתי לא הוי אלא מלוה על פה אם כן מאי קאמר אינה נאמנת אלא במגו דפרעתיך והלא במלוה על פה אפילו אין לו מגו דפרעתיך וכגון שהעידו עדים שלא זזה ידם מתוך ידם אפ"ה א"ל מגו דא"ב מלי טעין מחלתו לי או מלוה ישנה יש לי עליך וכולי עיין שם נראה דסבירא ליה דבמלוה על פה יכול לטעון מחלת לי או מלוה ישנה יש לי עליך ולא זכר מ"ש מהר"ס בתשובו' הקלרות סימן ע"ו דבטענת מחילה לא מהימני' לשום אדם אלא במגו דמ"ל פרעתי או להד"מ והיכא דקאי בתוך זמנו דל"מ טעין מחלת לי במגו דפרעתיך דהא חזקה אין אדם פורע בתו"ז וכולי והביאו המרדכי פרק קמא דבתרא עיין שם והוא הדין מלוה ישנה יש לי עליך אינו נאמן אלא כי איכא מגו דאל"כ בתוך זמנו אמאי לא טעני' הכי או מחלת לי במגו דמלוה ישנה וכו' וכן דעת האחרונים כמ"ש בסימן ע"ה דין ז' מיהו דבעל עם אשתו כמ"ש דמחילת אשה לבעלה שכיחא כדאמרינן בפ' החובל לגבי בעל ודאי מחלה ליה וה"ט דטעני' ליורשים גבי כתובה טענת מחילה עיין שם :

ג' דין ד' ויש מי שאומר וכולי וכן סתם מרן בסוף סימן כ"ט ודלא כהכנה"ג אות י"ד עיין שם וכתב הש"ך שכן עיקר וכ"ש לפי מ"ש דהלוה יכול לטעון פרעתיך דפשיטא דאינו טורף לקוחות וכבר כתבתי לעיל :

ד' כשכתב לו קבלתי ממך וכולי דבלא"ה אפילו השטר יוצא מתחת ידו אינו גובה בו וכמלוה ע"פ דמיא ואם כ' בשטר שנשתעבד לכל הבא מכח המלוה הרי הערב בא מכח המלוה ועדין לא נמחל שעבודו של שטר הרדב"ז ח"ב סי' תנ"ו ע"ש :

ה' דין ה' ולא בקש ממנו השטר וכולי כתב הש"ך ואף על גב דכתב בעה"ת דאף שהזכיר לו השטר פטור כל שלא אמר לו בפירוש שיקח השטר ערב שאני שהוא נותן המעות שלו ולחזור ולתבו' את הלוה לא הוה ליה ליתן בלא שטר ואינו יכול להוציא מהלוה בלא שטר עיין שם ולכאורה קשה דהא בחנוני אף ע"פ שהו' נותן שלו ולחזור ולתבו' את הבע"ה לא אמרינן דלא הוה ליה ליתן בלא עדים כדאיתא בפרק קמא דמציעא ע"ש בתוספות וכן כתב הרשב"א במיוחסות סימן כ"ה עיי"ש מיהו אפשר לומר דשאני חנוני דאין מנהג ליתן שכר לפועל בפני עדים אבל בהלואה ופירעון מנהג כמו שכ' רא"ן וכי האי גוונא כתב המבי"ט חלק ראשון סימן רל"ב דשליח בשכר אם לא פר' בעדים חייב כיון דצריך שטרא מעלי' וכן במלוה גוי אפילו שליח בחנם חייב ואף על גב דחנוני ליהוי כמי גוי היינו משום דאין מנהג ליתן שכר לפועל בפני עדים עש"ב ונראה דשאני שליח וחנוני דכיון דא"ל שיפר' בשבילו לפלוני אפשר שהיה מכירו ומאמינו משא"כ גבי ערב וכי האי גוונא כתב הנ"י בפרק המפקיד ע"ש ועיין בתשובי' הרב ב"ח סימן ן' ובתשו' משפט צדק חלק א' סימן כ' וכ"א וכ"ב :

ו' דין ז' היה מלוה גוי וכו' כתב הרשב"ש בתשובות סימן י"ג וז"ל ואם הוא נכנס ערב לישמעאלי הוא הזיק א"ע ורצה ליזוק בנכסיו והבריח אריה מעליא ובירושלמי אמרינן דהפור' חובו של חבירו פטור חבירו מלשלם לו וכו' ובנדון דידן אפי' ר"ת מודה שהאשה קודמ' לפי שהוא פור' לישמעאלי וחוזר ורוצה לגבות מנכסי' של אחיו לבטל זכות האלמנה וכיון שחוזר הדין עמו היא קודמ' ודמי לנכנס ערב למלוה שלא ברשות לוה שאין הלוה חייב וכו' ע"ש ונראה דאם היה ערב לגוי מחיי הלוה ובודאי פר' לו אחר מיתת הלוה חוזר וגובה מנכסי המת ומבט' זכות האלמנה אפילו היא קודמת משום דישראל הבא מכח הגוי הרי הוא כמוהו כמו שפסק בסימן מ"ה סי"ז הבא מכח הגוי הרי הוא כמוהו לגבות בשטר שעדיו מורחקי' וכו' וכתב הסמ"ע מטמ' דהמלוה הבא לגבות בא מכח הגוי ואף שהוא למעליותא וכו' עיין שם מיהו כבר כת' בסימן פ"ו דתשו' הרשב"א היא בחלק שלישי סימן פ"ט וסי' ל"א וז"ל ראו' הלוה לגוי מנה ועשה לו שדה אפותיקי ומכרו לשמעון ותב' ראובן לשמ' וכו' שטוען שמ' שהשטר היה פסול לפי שהרחיק וכו' שהבא מחמת הגוי הרי הוא כגוי ואלו בא ראובן לגבות את חובו ומאותו קרק' שקנה ממנו שמעון היה גובה באותו שטר שכן נהגו אף הוא גובה מאותו קרק' משמעון הבא מחמת הגוי על"ל הרי דמיירי בגוי לוה שמכר שדהו לישראל והמלוה ישראל בא לגבות מלוקח ישראל מכח הגוי כמו שכתב ה' ד"מ שם אבל לא הוי ישראל במקום גוי למעליותא אלא לגריעות' כמו שפסק מר"ן בסימן קנ"ד סי"ח ע"ש :

סימן קל"א

א' דין א' אפילו אם קנו מידו וכולי כתב הסמ"ע הטעם דקנין בלא ב"ד חשוב כערבנות שהוא אסמכתא לא קני אלא משום דאגב דהימניה ונתן על ידי מעות גמר ושעבד נפשיה וכולי עיין שם ואם כן ערב בקנין בבית דין חשוב דלא הוי אסמכתא אינו יכול לחזור והב"ח חלק עליו דאפילו בבית דין חשוב יכול לחזור עיין שם

שם הטעם וכן כתב הרב תפארת שמואל דאפילו קנייה בבית דין חשוב יכול לחזור דמסתמא דעתו שלא יהא ערב עד אחר נתינת המעות ולהסמ"ע קשה דהא בקבלן דליכ' אסמכתא כדמוכח מדברי המ"מ שכ' טעמא דערב דכתוב' לא משתעבד אפילו בקנין משום אסמכתא ואם כן דקבלן דכתובה דמשתעבד ע"כ ליכא אסמכתא ואמאי יכול לחזור הכא עיין שם ואיברא שהרשב"א בתשוב' חלק שני סימן קנ"ח והובא בב"י סימן קכ"ט כתב הטעם משום דכל עצמו של ערב אינו משתעבד למלוה משום דעל אמונתו הלוהו בההיא הנאה וכו' הא לא"ה לא משתעבד דאסמכת' הוא ואם כן זה שחזר קודם נתינת המעות לא על אמונתו הלוהו ולא גמר ושעבד נפשיה וכו' עיין שם ואם כן אם קנו מידו בבית דין חשוב אינו יכול לחזור ועיין בה' מח"א ר"ה ערב שכתב וכ"ת דקבלן דליכא משום אסמכת' אמאי צריך קנין לאחר מתן מעות י"ל דל' קבלנות לא הוי לשון חיוב וכו' עיין שם וליתא שהרי הרמב"ם בהל' אישות כתב דערב דכתובה לא משתעבד אפילו בקנין אבל קבלן דכתובה משתעבד אפי' בלא קנין עיין שם א"כ משמ' דקבלן ליכא אסמכתא :

ב' דין ג' ערב או קבלן וכו' זה לשון בעה"ת שע' ל"ה סימן מ"ד ומסתברא שאף הקבלן אינו יכול לכופו ולדוחקו ללוה להוציאו מן הקבלנות אף ע"פ שהגיע זמן הפירעון ואף במבזבז הלוה את נכסיו דהו"ל כמלוה שבא ליפרע קודם זמנו וכולי וכאן נמי אין ללוה זמן עם הערב אלא לאחר שפר' בשבילו וכן הסכים עמו הרמב"ן אבל מפי' הראב"ד נראה שדעתו לו' שהקבלנות יכול לכופו הלוה בכך וכו' שהקבלן כמלוה אצל הלוה וכו' עיין שם מבואר דסבירא ליה להרמב"ן דאפי' אחר שהגיע זמן הפירעון ואפילו הלוה מבזבז נכסיו אינו יכול לכופו והראב"ד נראה דאינו חולק אלא בהגיע זמן הפירעון כמו מלוה שיכול לתבו' חובו מהלוה אבל קודם זמן הפירעון אינו יכול לכופו להוציאו מהערבות כמו שאין המלוה יכול לתבו' את חובו מהלוה בתוך הזמן וה"ד בקבלן כיון דנפר' ממנו תחלה יכול לתובעו ולומר לו איני רוצ' עוד בערבות שלא יבא המלוה וידחקני לפורעו כמ"ש הראב"ד שם אבל בערב דאין נפר' ממנו תחלה מודה דאינו יכול לכופו להוציאו מהערבות ומהריט"ץ סימן ל"ד כתב דאינו חולק אלא בהגיע זמן ואף בערב הדין כן עיי"ש ונראה ליה דבערב מודה הראב"ד כמ"ש וכן כתב הרב גד"ת בסימן ל' והרב כנה"ג בהגב"י עיין שם וזהו שבעה"ת לא הזכיר דעת הראב"ד בסימן ל' משום דמיירי נמי בערב עיין שם וה' כנה"ג הגה"ט (א"ה עכ"מ) :

ג' דין ד' יש מי שאומר וכולי הכי נקטינן כן כתב בעה"ת של"ה סימן י"ג בשם קמאי והרמב"ן ובודאי דהכי נקיטינן ומר"ן שכתב בל' יש מי שאומר וכו' לא משום דאיכא פלוגתא אלא שכן דרכו בדין שלא נזכר בשאר פוסקים כמ"ש הסמ"ע בסימן ל"ה ס"ק יו"ד והרי כנה"ג שם והש"ך בסימן קכ"ו ס"ק כ"ב ע"ש וכן כתב הרב מטה יוסף ח"ב בתשובה אחרונה ע"ש :

ד' כתב מהר"י וויל סימן פ' על ערב ששלח למלו' שיבא או שישלח לו השטר שיש לו על הגוי והמלוה לא רצה לבא ולא לשלוח לו השטר ולא היה אונס הערב פטור ואם לא נתברר הדבר ישב' הערב שכן היה ונפטר כמו לוה שרצה לפרו' למלוה ולא רצה המלו' לקבל דהלוה פטור מאחריות ההלואה עיין שם ועיין מה שכתבתי בסימן ק"ך :

ה' וצריך להתיישב בדין זה כי יש חולקים לא מצאתי

חולק בזה הסמ"ע וכן כתב מהר"א די בוטון בספר לחם רב סימן ל"ה וע"ש עוד בסימן ל"ח ומהריט"ץ סי' ל"ד כתב שמלא שכתב בעה"ת תשוב' לקמאי ערב שבא למלוה בזמנו וא"ל תבע מן הלוה ולא רצה לתובעו והאריך לו הזמן הרי הערב נפטר בכך הרי שהגאונים חולקים על הרמב"ן ויחיד הוא בדבר עיין שם והרואה בשה"ת שע' ל"ה סימן י"ג כתב אין הערב נפטר בכך עיין שם וכן כתב הכנה"ג הגהב"י אות ב' דבעה"ת כתב סבר' זו בשם תשובה לקמאי עיין שם :

ו' דין ה' ישראל שערב לחבירו בשביל גוי וכולי אם ערב על הקרן והרבית כ' המרדכי דלראב"ן פטור מהרבית משום דהוי ערב שלא בשעת מתן מעות ואם הקנה לו לשלם הרבית חייב אבל ראבי"ה חולק וסבירא ליה דאפילו קנו מידו פטור והביאו מרן הב"י י"ד סימן ק"ע עיין שם וכתב הרדב"ז חלק שני סימן רי"ח וז"ל אלא דק"ל מה יועיל הקנין להקנות הרבית הרי עדין לא בא לעולם וכו' ול"ל דהכא במאי עסיקינן כגון שזקף עליו הגוי הקרן והרבית מעתה ויצא ראובן ערב על מה שנתחייב הגוי בקנין ואכתי קשה דאיך יעלה על הדעת שיפר' ראובן רבית לשמ' מפני ערבותו שהוא אסור מן התורה ומה יועיל הקנין שהתיר האסור לפי' נרא' לע"ד דאין כוונת ראב"ן לומר שאם היה שם קנין שחייב לפרו' הרבית אלא דעתו לפטור אותו אפילו היה חיוב הרבית הגוי מקודם שהרי לא נשתעבד בשעת מתן מעו' אבל אם קנו ממנו מתחייב על הרבית שחייב הגוי לשעבר אבל להב' לא מתחייב אפילו על ידי הקרן עכ"ל ונר' דלמאי דמוקי לה כגון שזקף הקרן והרבית לא קשיא מידי דאפי' יפר' ראובן רבית לשמעון מפני ערבותו ליכא איסור דמשעת זקיפה חשוב כגבוי וחזר כולו כקרן כדאמרי' גבי גוי שנתגי' וכן כתב מהר"ם בתשו' הקצרות סימן קפ"ח דהערב חייב לשלם כל הרבית אפי' שלא עלה עדין מהאי טעמ' והביאו המרדכי והובא בב"י י"ד שם אבל מצאתי לראב"ן בתשו' סימן ק"ד שכתב וז"ל ראובן שהביא מערופים שלו לשמ' ואמ"ל ראובן לשמעון הלוה מנה למערופי' שלי בכך וכך רבית לשבוע באמנה וכל מה שיבא לך הפסד זה אני מקבל עלי לשלם לך ההפסד ובתנאי הזה הלוה שמ' המנ' למערופים של ראובן לסוף ימים פר' הגוי המנה לשמעון וכבר עלה לרביע כסף והרבית לא פרע לו של אותה קבלה וכו' כיון דלא הקנה ראובן לשמ' בק"ג לשלם ואם תמצי לומר דהוי קבלן וכו' הרבית אסור לראו' ליתנו לשמ' לקבלו וכו' א"ד כיון דראובן לא לוה משמ' כלום כי אם הגוי הלוה וראובן קבל אחריות הפסד אין בזה רבית של ישראל דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה וכו' ונראה בעיני שאותה קבלה שקבל עליו ראו' לשלם ההפסד קבלה גמורה היא בלא קנין מדין ערב שהרי על אמונתו הלוהו ונעשה ערב בשעת מתן מעות וכו' וה"מ בקרן שנתחייב ראובן לשמ' לשלם אם לא פר' הגוי אבל הרבית אינו חייב לשלם ולא מפני שהוא אסור דלא אסר' תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה כמ"ש אלא שלא נתחייב ראובן באחריותו שהרי לא הלוה הלוה מן הרבית על אמונתו ולא מלי ערב משתעבד בדבר שלא הלוה על ידי וכו' ע"כ לשונו הרי דמיירי בערב בשעת הלואה על הקרן והרבי' דלהבא ואפילו לא זקף הגוי עליו הרבית עם הקרן משמ' דאם היה בקנין חייב וליכא איסור רבית דלא אסר' תו' אלא רבית הבאה מלוה למלוה וכן כתבו התוס' במציעא סוף דף ע"א וז"ל ומותר לישראל להיות ערב בשביל נכרי דישראל המלוה לא בתר ערבא אזיל אלא בתר לוה אזיל

ואם לא יפר' הנכרי יפר' הערב הקרן והרבית דהשתא הוא דמוזיף לנכרי עכ"ל וכן כתב הג"י שם וכבר האריך ה' בעפ"ת שער מ"ו חלק ד' סימן יו"ד עש"ב :

ז' כתב הרב כנסת הגדולה מתשובה זו של הרי"ף ומדברי הב"י סי' קכ"ט וסי' ק"ל ומהרא"נ"ח ומהרש"ך נראה דערב לחבירו ישראל בשביל הגוי משתעבד אבל הרא"ש סימן נ"ד כתב ר' אביגדור בשם ר' שמחה דלא משתעבד דערב משתעבד מטעמ' דבההי' הנא' דמהימן ליה מקך גמר ומשעביד נפשיה והיינו טעמ' דלא שייך בגוי דפשיטא דישראל נאמן טפי מגוי ולא גמר ומשעביד נפשיה ואפשר היה לומר דדין הר' אביגדור הנזכר הוא בערב בלא קנין ואלו הגדולים הם בקנין אלא שהטעם דבההיא הנאה מהימן ליה שייך בערב בקנין וכו' עיין שם וכ"כ מהר"י באסן בתשו' סימן פ"ט דה"ר אביגדור אפי' בקנין קאמר דהא טעמא דבההיא הנאה וכו' לערב בקנין נמי צריך לטעם זה לסלק האסמכתא דכל הערבות אסמכתא ובקנו מידו בלא מעכשיו הוי אסמכתא ע"ש וכבר כתבתי בסימן קכ"ט דבעפ"ת שער מ"ג סימן מ"ו בשם הרמב"ן והובא בב"י סימן קי"ג כ' דבערבות ליכא אסמכתא גמור' ודברי הרמב"ן הם בהלכות נדרים שלו דף כ"ז ומבואר שם דאחר מתן מעות לא שייך טעמא דבההיא הנאה וכו' אלא משום דערבות לא הוי אסמכתא גמורה מהני קנין עיין שם הטעם ואם כן אפ' דה"ר אביגדור מיירי בערב בלא קנין אבל בקנין דליכא אסמכתא אף על גב דלא שייך טעמא דבההיא הנאה וכו' אפילו לגוי משתעבד וכן כתב מהרימ"ט סימן קכ"ג עיין שם וכן כ' בעל העיטור בדיני ערב דף ס"א ע"ג והביאו הבעפ"ת שער מ"ו וז"ל והיכא דעבד ערבות לישראל מגוי בעי נמי קנין ואי לא לא קני וכו' הרי דסבירא ליה דבלא קנין לא משתעבד אבל בקנין משתעבד ונראה דהוא אזיל לטעמיה דסבירא ליה דהאסמכתא בקנין אפילו לא אמר מעכשיו קנה הביאו הרב ב"י סימן ר"ז דף רכ"ה סע"ג עיין שם אבל מתשו' רש"י שהביא הטור סימן זה ובעפ"ת שער ל"ה סי' כ"ח מוכח בהדיא דגם בערב בלא קנין משתעבד וז"ל ישראל שהיה בידו משכון מהנכרי שהנכרי שאל ממנו יחזירהו לו בערב ישראל שהביא לפניו ואמ"ל בפני הנכרי אני ערב לך הדין נותן לחייב הערב מאחר שזה מסר משכון שבידו לנכרי על פה וצריך קנין דערב בשעת מתן מעות א"ן קנין ע"ין שם וכן כתב מהר"ש בתשובות הקצרות סימן קל"ט עיין שם וכן כתב מהרח"ש חלק ראשון סימן פ"ז דאין לסמוך על רבינו שמחה ומיירי בלא קנין כנדון רש"י עיין שם וכן דעת הרדב"ז חלק שני סימן ק"ל ועיין שם עוד סימן שפ"ט וכן כתב בתשובות יכין ובועז חלק א' סימן ל' עיין שם :

ח' דין יו"ד שחייבו עצמם על תנאי וכו' כ' מהר"ש לרור סימן כ"ה ברא‍ובן שנכנס ערב לשמעון בתנאי שיעשה לו דבר א' ונאנס שמעון ולא קיים התנאי דכיון שנאנס הו"ל כאלו קיים התנאי עש"ב וליתא שהרי כ' הר"ן בפ' האומר דקידושין וז"ל ולענין דמקדש על תנאי ונאנס ולא קיים התנאי מצאתי בירושלמי פ"ק שנחלקו בו ר' אבהו בשם ר"י וכו' אונס כמאן דלא עבד רשב"ל מדמה לה למגרש ומתנה אם לא באתי וכו' וה"נ אונס כמאן דעבד ור"י סבר דל"ד דהתם אין הדבר תלוי אלא בו אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על התנאי ברצון אבל באונס לא אבל הכא שאין האשה מתקדשת אלא מדעת' הרי אינה מוסמכת בקידושיה אא"כ יקיים תנאו אבל כל שלא נתקיים אע"פ שנאנס אינה מתרצה בקידושיה ומשמע דקי"ל כר"י וכו' עכ"ל הרי דר"י ס"ל דלא מהני טענת אונס אלא בדבר שאינו תלוי אלא במתנ' בו אבל במקדש על תנאי אע"פ שנאנס אינה מקודשת וקי"ל כוותיה וה"נ בנותן או משתעבד על תנאי שתלוי בדעת הנותן כל שלא קיים המקבל התנאי אפי' נאנס בטל השעבוד וכן פסק מהרא"נ"ח סס"י קל"ד ע"ש :

ח' דין י"ב אפי' התנ' אם לא אביאנו וכו' הרמב"ם בתשו' כ' וז"ל ראובן יש לו עדי' על שמעון ולוי שיבואו לב"ד ביום פ' וערב אותם יהודה שיבאו לב"ד באותו יום שאמרו וקנו מידו והעיד עליהם שאם לא יבאו שמעון ולוי באותו יום לדון עם ראובן שעליו לשלם הממון שראובן תובע אותם לדין עליו ועבר אותו יום ולא באו הבע"ד ויש עדים לראובן שהוא בא לב"ד והם לא באו הערבן טוען שהוא הביאם לב"ד אבל אין לו עדים ע"ז וכולי תשו' אם בא א' מהב' בע"ד נגול הערבן אע"פ שלא בא הוא ואם הביא עדים שמנעו אונס מלבא הוא או הבע"ד אינו חייב שום דבר ואם טען הערבן שבא לב"ד ואין לו עדים ע"ז וגם אין עדים מכחישים אותו וא"ל שלא בא ישבע הערבן שבועת היסת ויגלגל ואם העידו ב' עדים על הערבן שלא בא שום א' מהם כל אותו היום ולא הביא עדים שהיה אנוס יפרע ויפסיד עכ"ל נר' דס"ל דצריך להביא עדים שהיה אנוס (א"ה עכ"מ) :

ט' דין י"ג מי שלא פי' קצב הדבר וכו' מי שערב כל מה שיצטרך להוציא בעסק הדין בין ראובן ובין לוי בפי' וכו' שאמר הדיין כ' מהר"י ן' הרא"ש בתשו' סי' ס' שאף לדברי הרמב"ם יש לחלק דשאני הכא שאינו יכול להשתעבד בדבר קצוב מגומגם כי זה תלוי בדעת אחרים שהוא הדין שיפסוק עליו ההוצאה וכולי עיין שם :

סימן קל"ב

א' דין ג' ויש חולקים וכולי זה דעת הראב"ד והרמב"ן וזה ל' הובא בספר אסיפת זקנים בפרק בית כור ולא מחוור דהא תנאי בתוספתא דפ' המלוה את חבירו על ידי שני ערבים לא יפרע מאחד מהם תחלה וכולי דהכא ב"ח אדעתא דחד נחת דהיינו לוה וכולי ואף על פה שמת לא הורע כוחו של מלוה שלא יוכל לגבות אלא מזה מחלה ומזה מחלה אבל המלוה את חבירו על ידי ב' ערבים כיון דאדעתא דתרויהו נחת ודאי ע"ד כן נשתעבדו שלא יגבה הכל מאחד מהם אא"כ לא ימצא נכסים לב' עד כאן לשונו (עכ"מ) :

ב' דין ד' חוזר ותוב' מחבירו חלקו ואם טען פרעתיך אם היא מלוה על פה נשב' ונפטר ואם היא מלוה בשטר ופר' הערב והשטר בידו וכתב לו המלוה התקבלתי אינו נאמן לומר פרעתיך הרדב"ז חלק ב' סי' קנ"ו עיין שם ועמ"ש בסימן ק"ל :

ג' דין ו' יש אומרים שיכול המלוה לתבו' כל הממון מהערב השני עיין בספר משפט צדק חלק שני סוף סימן כ"ב :

סימן קל"ג

א' דין ז' והלה טוען שנגנבו וכולי כתב הרב שפתי כהן ואפילו טוען נגנבו ממש מביתי נאמן במגו ואף על גב דלא אמרינן מגו להוציא הכא כיון שצריך להחזיר הדמים ללוקח ואינו מחזיר רק החפץ לא מיקרי מגו

מגו להוציא ועוד דהכא כיון שהוא מכיר כליו ועדים מעידים שהם שלו חשוב כמוחזק וחי' הא' נראה עיקר עיין שם באורך וכן כתב מהרש"ל בפרק הגוזל בתרא סימן ל' וזה לשונו וכן נראה עיקר שהוא נאמן במגו אף על פה שמגו להוציא לא אמרינן וכולי אלא היכא שהמוחזק טוען גם כן ברי אבל הכא שהמוחזק טוען לקחתי מאחר ויכול להיות שנגנבו כה"ג אמרינן מגו להוציא וחי' זה מצאתי בהג"מיי פט"ו מהלכות טוען ועוד נראה בעיני והוא העיק' דהכא לא קרי' מגו להוציא מאחר שהוא מכיר כליו ועדים מעידים שהם שלו אם כן הוא חשיב כמוחזק בהם תדע דהא אי טען השאלתי לך או שכרתי לך מהימן להוציא אפילו אם זה טוען ברי כנגדו לקחתי ממך ואם כן ק"ו דמהימן במגו עד כאן לשונו ומ"ש דמגו להוציא לא אמרי' ה"ד אם המוחזק גם כן טוען ברי כ"כ רבינו שמשון בס' כריתות והגמ"ר ריש מציעא דבבריא ושמא אמרינן להוציא הביאם הרב שפתי כהן בסימן פ"ב אות ע"ו עיין שם והכא נמי שהמוחזק טוען לקחתי מאחר ויכול להיות שנגנבו אמרינן מגו להוציא והתוס' בכ' בשם מוהר"י דודי נראה לתרך דמגו להוציא לא אמרינן עיין שם דנראה דגם בטוען שמא לא אמרינן מגו להוציא אפשר דס"ל (א"ה עכ"מ) :

סימן קל"ד

א' דין ד' אבל כשטען וכולי אתה מכרתו לי אינו נאמן כתב הסמ"ע דה"ד בדאיכא עידי ראיה שראו ביד זה וכולי אבל מהרשד"ם בסימן קל"ט כתב וזה לשונו והקו' שיש לי לכאורה כי מאחר דקיימא לן טוענין ללוקח וליורשים כל מה שהיה יכול לטעון המוכר או היורש והאומן אם לא ראו הכל של בע"ה בידו עתה נאמן לומר לקוח הוא בידי במגו דלא היו הדברים מעולם או החזרתיו ואם כן למה לא נאמר עתה שאין האומן לפנינו כיון שאין עדים שראו עתה בידו ולא ביד זה המחזיק בו יהיה הכלי שלו וכולי ומדברי הטור וגם מדברי התה"ד נראה בודאי שאפילו שאין עדים שראו עתה בידו יחזיר הכלי וכולי אלא שנראה ודאי דמיירי שלא יש עדים שראו עתה החפץ בידו ואפ"ה כל שהוא מודה שחפץ שיש בידו מפ' אינו שלו וזה נתן בו סימנים מובהקים שהוא שלו לא טעני' ליה שהאומן לקחו מזה שאפילו האומן בעצמו אם היה טוען היה נאמן זה המחזיק אינו נאמן אם לא שיטעון בודאי שהוא יודע שהאומן קנה מזה וכו' ומהר"א ששון סימן ק"ט דחק לפ' דברי הטור והתה"ד בדאיכא עידי ראיה מ"מ דעתו נוטה לס' מהרשד"ם עיין שם באורך ונראה שזה תלוי במחלוק' שכתב הטור בסימן קמ"ו גבי קרקע דהרמב"ן ס"ל דאם יש לו עדים שדר בה המוכר יום א' אפילו אינו טוען שקנאה ממך בפני וגם לא החזיק בו ג' שנים אין מוציאין אותה מידו כיון שאין עדים למערער שהיתה שלו ורשב"ם סבירא ליה (א"ה עכ"מ) :

סימן קל"ה

א' דין א' ואם אין לו עדים נשב' המחזיק הישת וכולי אפילו טען שלך היא ולקחתיה ממך נאמן במגו דהיה יכול לומר מעולם לא היתה שלך הרמ"ה בפרק ח"ה סימן ע"ה עיין שם והא דקתני בפ' יה"כ כשם שהגנביא היה מגיד וכולי כך המן מגיד כילד שנים שבאו לדין לפני משה זה אומר עבדי גנבת וזה אומר מכרתו לי א"ל משה לבקר משפט למחר אם נמצא עומדו בבית רבו אַ' בידוע שזה גנבו וכולי נראה דאם אין לו עדים שהיה של פ' זה שנמצא ברשותו מודה שהיה שלו נאמן לומר לקחתיו ממך מגו דלא היה שלך מעולם לא רצה משה לדון ע"פ החזקה דהממע"ה דכל שיכול להתברר לא סמכי' אחזקה (א"ה עכ"מ) :

ב' הגה וי"א דאם החזיק ג' שנים וכו' כ' הסמ"ע אבל הרמב"ם ומרן ס"ל דטעמא דמטלטלין דלא מהני בהו חזקה משום דלאו בני שטר נינהו ולה"ט ה"ה לבהמה וחיה אבל עבד בן שטר הוא ולכך מהני' חזקה ג' שנים עיין שם וכן כתב הטור בסימן קנ"ג בשם בעל העיטור ה"ט במטלטלין דלאו בני שטר נינהו וא"כ ס"ל דה"ה בבהמה וחיה כמ"ש המ"מ שכ"כ דעת בעל העיטור וכ"כ הפרישה עיין שם וכן כתב הרמ"ה בפרק ח"ה סי' ע"ה וז"ל מיהו מסתברא דה"מ בעבדים דאפשר למיכתב עליהו שטרא אבל בהמות דלאו בני מיכתב שטרא עלייהו נינהו וכולי ולא שייך טעמא דמזדהר אינש בשטריה לא מהני בהו חזקת ג' שנים דייקא נמי דלא איירי במתני' כל עיקר אלא במקרקעי ובעבדים דדמו למקרקעי אבל במטלטלין לא איירי וכולי עד כאן לשונו הרי דסבירא לי' דדוקא בעבדים דבני שטרא נינהו מהני חזקת ג' שנים אבל בבהמות דלאו בני שטרא נינהו לא שייך חזק' והתו' בגיטין דף ב' בד"ה ת"ש וכולי וז"ל וא"ת מתני' הו"ל לאתויי דתנן העבדים חזקה ג' שנים וכולי ועוד מאי קמ"ל ר"ל מתני' היא וכולי עיין שם ולד' הרמ"ה י"ל דר"ל אשמועי' הגודרות אין להם חזקה כלל ואי ממתני' הו"א דעבדים אין להם חזקה לאלתר משום דבני שטר כקרק' ועד ג' שנים מזדהר בשטריה וכשאין לו שטר מוכחא מילתא דאינו לקוח בידו אבל בהמות דלאו בני שטרא ס"ד דיש להם חזקה לאלתר כמטלטלין קמ"ל דגודרות אין להם חזקה כלל ועבדים מה"ט אין להם חזקה לאלתר אבל אחר ג' שנים הוי חזקה משום דבני שטרא נינהו ועיין בספר תמות ישרים סי' כ"ה ומכל מקו' נראה דעת הרמב"ם ובעל העיטור דבבהמות לא מהני חזקה כהרמ"ה וכן מצאתי לרב האי בספר המקח שער י"ג דף כ"ט וזה לשונו אבל הגודרות אין להם חזקה כגון בהמות שאינם נקנים בחזקה אבל עבד כנעני נקנה בחזקה ועבד עברי נקנ' בחזק' וכו' ע"ש והש"ך הסכים דגם בבהמות מהני חזקה ג' שנים דומיא דעבדים שכן מוכח בגמרא וגם הרמב"ם ובעל העיטור ס"ל הכי ואין חולק בזה עיי"ש ואיברא שכן דעת רשב"ם והנ"י והסמ"ע והטור ורבינו ירוחם כמ"ש ה' וכן כתב ראב"ן דף ק"ג עמוד ב' וזה לשונו וכן בהמות שהולכים מאליהם לכאן ולכאן אין אדם יכול לטעון עליהם לקנותם בחזקה לאלתר וכולי וכ"כ דעת בעל התרומות שמ"ע ח' י"ז כמ"ש הגד"ת שם והרשב"א בספר אסיפת זקנים לבתרא פרק ח"ה כ' דגודרות אין להם חזקה לאלתר אבל לאחר שנה או שתים שדרך הבעלי' להקפיד בכך ואין מניחין אותו ביד אחרים יש להם חזקה אבל עבדים אין להם חזקה אלא לאחר ג' שנים עיי"ש הרי דס"ל דגודרות יש להם חזקה טפי מעבדים והיינו דלא קתני מתני' אלא עבדי' דצריך חזקה ג' שני' ואפשר שכן דעת הרמב"ם עיין שם אבל כבר כתבתי דברי הרמ"ה דסבירא ליה דאין להם חזקה כלל והכריח מדלא נקט מתני' אלא עבדים וכ"כ דעת הרמב"ם ובעל העיטור

סימן קל"ח

א' דין ח' או נתגבר עליו וחטפה כן דעת הרמב"ם והרשב"א בתשו' ח"ג סימן של"ד כתב וזה לשונו והרמב"ן תי' דאפילו כי אמר חטפה מן ידי לא מהימן דאמרינן דעד השתא לא יכיל לך והשתא יכיל לך גם הריטב"א הובא בספר א"ז כ' וי"א דאינו נאמן להחזיק אותה בגזל גמור וכן דעת רבותי' עיין שם אבל הרמב"ן שם כ' וכולי ולא שמיע לן עיין שם ומ"מ דעת הרמב"ם והריטב"א בשם רבותיו דאינו נאמן :

ב' הגה במגו שהיה אומר חטפה ממני וכולי אבל בלא אמרה בפני פ' ופלוני אינו נאמן דמגו במקום חזקה כי הא לא אמרינן כ"כ המ"מ בשם הרמב"ן והרשב"א עיין שם ונראה דאף על גב דמ"ל ברים בתרא אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא בחזק' אלימתא פשיטא דלא אמרי' מגו כמ"ש התוס' בכתובות דף ע' בד"ה לא וכולי עיין שם וכה"ג כתב הרשב"א בתשו' חלק ג' סי' ש"ע וז"ל וכי כל חזקות אחדות ע"כ יש חזקה אלימתא דאין מגו עומד כנגדה כמגו דמודה במקצת וכולי עיי"ש וכ"כ בתשו' חלק ד' סימן י"ט גבי חזקה דאם אני חייב לך הי"ל וכולי עיין שם וכן כתב המ"מ בפ"א מהלכות מלוה גבי טען הלוה שהמטלטלין אלו אינן שלו וכולי בשם הרמב"ן הטעם דאינו נאמן במגו משום דחזקה כל מה שביד אדם שלו ומגו במקום חזקה כזו לא אמרינן עיין שם וכ' האחרונים אף על גב דבעיא היא אם במקום חזקה כזו דהיא אלימתא לא אמרינן והכא נמי דכותה ח"ש במקום חזקה כי הא וכולי אבל הרשב"א בתשובו' חלק שלישי סימן של"ד כתב וז"ל א"כ משום דהו"ל מגו במקום חזקה וא"ל בפרק קמא דבתרא אי אמרינן מגו במקום חזקה ולא איפשיטא הילכך היכא דקיימא תיקום עד כאן לשונו הרי דסבירא ליה משום דאין מוציאין מיד התופס מספק דאפי' תפס נר' דאין צריך לישב' מטעם חזקה כמ"ש הש"ך בסימן ע"ח ס"ק י"ט עיין שם :

סימן ק"מ

א' דין א' קרק' בחזקת בעליה עומדת וכו' כת' ה' כנסת הגדולה בשם מהרש"י דבפלוגתא דרבוותא לא אמרינן קרק' בחזקת בעליה הראשוני' עומדת אלא המחזיק בו ידו על העליונה עיין שם והוא מחלוק' רשב"ם ותוספות בבתרא דף ל"ב דבור המתחיל והילכת' וכו' וז"ל פירש רשב"ם מספקא לן כמאן הילכתא ותירץ ול"ל בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא וכולי דהתם תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ומוקמינן ארעא בחזק' מרא קמא אבל הכא דמספקא ליה דינא כמאן לא שייך כולי האי למימר אוקמה אחזקת מרא קמא ונוקיה מיד המוחז' ודוחק הוא וכו' והרמ"ה בתשובו' סימן רמ"ד גבי בעיא דבריא שכתב נכסיו לאשתו אם עשאה אפוטרופוס שכת' וז"ל לפיכך מה שיש בנכסים מקרקעי הוא ברשות היורשי' באיזה רשות שיהיה כפי כללינו קרק' בחזקת בעליו עומדת ומה שיהיה בנכסים מטלטלין הוא ברשות מי שהוא בידו מבע"ד דמספק לא מפקינן ממונא ומה שיהיה מן המטלט' ברשות הזולת שניהם הוא ליורש וכו' ע"ש משמ' דבקרק' אפילו הוא ברשות המקבל מספק מוקמינן לה בחזק' הנותן כדעת ר"י ולא כרשב"ם מיהו כבר כתב מהרא"ש סימן כ"ז דהיינו דוקא בספק דפלוגתא אבל אם ליכא פלוגתא אלא דהדין מסופק הוי כתרי ותרי דקרק' בחזקת בעליו וכן חילק מהרש"ג בספר משפטים ישרים סימן ל"ד בין ספק דתיקו לספק דפלוגתא עיין שם באורך וא"כ אפשר דגם הרמ"ה דוקא בספק דתיקו סבירא ליה דקרק' בחזק' בעליו אבל בספק דפלוגתא סבירא ליה כרשב"ם וכן כ' הרב פנים מאירות חלק ראשון סימן כ"ז לדעת הרשב"א עיין שם באורך ובזה ניחא מה שהקשה מש"ל בפרק ט"ו מהלכות טוען בתשו' על רשב"ם מדין השוכר בית מחבירו דינר בחדש י"ב דינרים לשנה דמספקא ליה אי תפוס לשון ראשון או לשון אחרון אם נתעברה השנה וקיימ"ל כר"נ דאפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר דקרק' בחזק' בעלי' עומדת והרב חילק בין שכירות למכירה ע"ש ועיין מהרי"א בתשו' סימן שכ"ה שכתב לדעת הרשב"א מוקמינן הקרק' בחזקת לוקח ה"ה בשכירות דממכר ליומיה הוא עיין שם אבל ראיתי למהרש"א בסימן מ"ו שכתב דאפ' דהרשב"א מחלק בין לוקח לשוכר עיין שם ולפי האמור ניחא דס' דתיקו לכ"ע הוי כתרי ותרי דקרק' בחזקת בעליו וכן כ' הרב עצמו פרק שביעי מהלכות שכירות ועיין שם תירוץ אחר :

ומ"מ בפלוגתא דרבוותא הסכים מהרש"י והרב פמ"א דקרק' בחזקת המחזיק בו וכן פירש הרב לחם רב סימן קכ"ד דכיון דדבר זה בעצמו מי הוא המוחזק שנוי במחלוקת ראוי לפסוק לאוקומי ארעא היכא דקיימ' דשב וא"ת הוא וכן כתב הרב פ"מ חלק ראשון סי' ס"ו ע"ש אבל הרב תורת חסד סימן רי"ג כ' דכל האחרונים סבירא להו דכל ספק בקרק' מוקמינן ליה בחזקת מרא קמא ותמה על מהרלד"ב עיין שם וכן כתב ה' פני משה עצמו בסימן ס"ד ובחלק שני סימן ל"ז דסברא זו יחידאה וכל גדולי האחרונים לא חשו לה וסבירא להו דמוקמינן לה בחזקת מרא קמא עיין שם ועיין בספר משפט צדק חלק שני סימן כ"ז שכתב דגם רשב"ם לא אמרה אלא במחלוקת שקילה אבל אם הרוב מסייעין למרא קמא מוד' אבל מדברי מהרימ"ט ח"מ סימן ס"ד משמ' דאפילו אם הרוב מסייעין למרא קמא מוקמינן לה ביד המוחזק לדעת רשב"ם עיין שם ומהרימ"ט סי' ך' גבי מכר קרק' שוה מאתים במנה בפלוגתא דרבוותא אם המקח בטל מוקמי' ליה בחזקת מרא קמא ודלא כרשב"ם עיין שם :

ב' קרקע בחזקת בעליה עומדת וכו' כתב הרשב"א בתשו' בחלק ראשון סימן תתקע"ב דאם הלוקח ירד בדין והמוכר והחזיקו כראוי אלא שמביא עדים שיש לו להסתלק מחמת התנאי וזה מביא עדים שהמכיר' לחלוטין מוקמינן ארעא בחזקת הלוקח שהיא עכשיו בידו עיין שם וכתב מהרא"ש סימן קכ"ה דהיינו דוקא כשהלוקח מוחזק בתוכו אבל אם אין הלוקח מוחזק מוקמינן לה בחזק' מרא קמא והרב בית דוד סימן קל"א דף קמ"ב ע"ג כ' שאין כן דעת הרב כנסת הגדולה בסימן זה עיין שם וליתא דהרב כנה"ג דחה ראיית מהרא"ש אבל למעשה הסכים עמו כמו שכתב בתשובות חלק ראשון סימן פ"א עיין שם ובספר כנה"ג סימן כ"ט הגב"י סימן כ"ג ובסי' רכ"ז הגב"י אות ל"ב כן כתב בשם מהרש"ך ומהר"ש יפה עיין שם ובתשו' סימן קנ"ג וכן כתב ה' פני משה חלק ראשון סימן ע' שכן משמ' לשון הרשב"א עיין שם ומה שכתב הרב בית דוד עוד דגם מהרא"ש לא קאמר אלא משום דהספק נפל בשעת המכירה דעיקר המכירה על התנאי וכולי לא ראה גוף תשו' מהרא"ש שכ' דלאו דוקא שהספק נפל בשעת הקנייה צריך שיהיה הלוק' מוחז' אלא אפילו בקנייה לא היה ספק אלא באחר כך טען המוכר

המוכר חזרתי ולקחתי דאם אין הקונה מוחזק בבית מוקמי' בחזקת מרא קמא ע"ש וכל שכן בנדון הרב שם ומהרא"ח חלק ראשון פרק ח' כתב על דברי הרשב"א דהתם אף כשתמצי לומר דעל ידי התנאי ההוא המכר בטל מעיקרו מכל מקום כבר היה שם מכר ועל ידי התנאי בא להבטל וכו' וכן כת' בחלק שני סימן פ"ז דנראה מד' הרשב"א שלדברי האומרים שהיה שם תנאי המכר בטל מעיקרו ואפילו נאמר בשהיה תנאי אחר גמר המכר דוקא דאם לא כן שהיה הדבר באיסור ובשעת המכירה דקאמר היינו אחר גמר המכר מיד ודייקא נמי דקאמר שהיה שם קנין ואם היה בשעת המכר לא היה צריכא לקנין ומפני שהיה התנאי אחר גמר המקח דן הרב שהלוקח מוחזק משום דאינו אלא כחוזר ומוכר אלא שאין נראה כן מדב' המכר בטל עיין שם ובתשו' הרשב"א חלק שני סימן רכ"ט מבו' דהתנאי היה בשעת המכירה דאם לא כן מילי נינהו ואינן כלום ודקאמר שהיה שם קנין לא על החזרה קאי אלא הקנין על המכירה והתנאי היה בשעת הקנין על המכיר' הוא דקאמר ואפילו הכי הלוקח הוא מוחזק עיין שם :

וראיתי למהרשד"ם סימן רל"ב בב' וז"ל וא"כ נר' דגם בנ"ד כיון שנתחייב המוכר לפנות ולצאת מהבתים בסוף י"ב חדש לא כמכא דעתיה דלוקח עד שיצא המוכר והוא לא יצא וכו' לא יהיה אלא ספק אוקי ארעא בחזקת מרא קמא ול"ד להא דכ' הרשב"א וכולי שהרי התם המוכר הוא רוצה לסלק את הלוקח מחזקתו אחר כבר החזיק הלוקח ונמצא המוכר רוצה להוציא ללוקח מחזקתו ובהא הוא דקאמר הרשב"א דעל המוכר הראשון להביא ראיה וכו' וא"כ בנ"ד הלוקח הזה מעולם לא החזיק בבתים אע"פ בהשכירם לא לקח שכירות מהם והדבר תלוי עד יפנה המוכר הבתים שאז יגמר המקח וכיון שלא פינה אותם נמצא שלא נגמר המקח ועדיין בחזקת מרא קמא עיין שם הרי דסבירא ליה דאם אין הלוקח מוחזק אפי' השכיר הבתים כיון שלא לקח שכירות לא הוי מוחזק ועליו להביא ראיה ולא אמר הרשב"א אלא כשהלוקח מוחזק ממש דהמוכר רוצה להוציא ללוקח מחזקתו והכנה"ג בתשו' סי' פ"ח דקדק כן מל' הרשב"א דדוקא בהחזיק הלוקח ובהכי ניחא ליה תשו' מהרשד"ם סי' רמ"ט שכת' שהדין עם המוכר משום דבנ"ד המוכר לא זז מתוך הבתים עיין שם ותשובות מהרשד"ם סימן רל"ב סייעתיה כמ"ש אבל ה' תורת חסד סי' רי"ד וה' עדות ביעקב סי' כ"ז דקל"ד הסכים דאפי' אינו מוחזק בה מוקמי' לה בחזקתו עיין שם :

נסתפק ה' משנה למלך בפט"ו מה' טוען בתשובות דאפשר דה"ד בב' אומרים היה תנאי וב' אומרי' לא היה תנאי אבל אם נפל הספק בקיום התנאי כגון ב' אומרים נתקיים ושנים אומרים לא נתקיים כיון דמודים בעיקר התנאי ובקיומו הוא דנחלקו יד המקבל על התחתונה והוכיח חי' זה מדברי מהרא"ח ע"ש וכבר מהרשד"ם סימן רל"ג חי' כן ומהרי"א סימן שכ"ו חלק עליו ומהרש"ח בביאורו לסי' מ"ו הסכים עם זקנו ממ"ש המ"מ בפ"ח מה' גירושין והר"ן בפ' מי שאחזו דנר' דס"ל דאם נתן ראובן לשמעון קרקע ע"מ שיתן לו ר' זוז ונתנ' בע"כ דקרקע בחזקת מרא קמא מספק אם קיים התנאי או לא על הנותן להביא ראייה שיקיים ולדברי מהרי"א א"כ הרשב"א חולק עליה' ע"ש ולא זכר דהרשב"א בעצמו בחי' לגיטין דף ע"ה גבי פלוגתא אי נתינה בע"כ הוי נתינה או לא כ' וז"ל ולענין פסק הלכ' לא נתברר וכו' דמספיקא לא מפקי' ממונא וקרקע בחזקת בעליה עומדת

מיהו ודאי מסתברא לענין מטלטלי' אם מסרם לו ע"מ שיתן לו ר' זוז לא מפקינן מיניה דמטלטלי' היכא דקיימו לוקמו ונתינה בע"כ שמה נתינה וכבר ה' עדות ביעקב סי' ע"ב ד' ר"ג הוכיח מדברי הרשב"א אלו דכל שהתנאי בודאי והספק בקיומו מוקמי' לה בחזקת מרא קמא ע"ש ולפי מה שלדד המש"ל שם דבספק' דדינא אפשר דמודה הרשב"א דמוקמי' לה בחזק' מרא קמא ע"ש ניחא דהת' משו' דס' דדינא הוא אבל בתרי ותרי אפשר דאפי' הספק בקיום התנאי מוקמי' לה בחזק' הלוקח אבל ה' מש"ל שם הוכיח מדברי מהרא"ח ח"א סי' ע"ז וה' פני משה ח"א סי' ע' דלא ס"ל חילוק זה וכן מבואר בתשו' ה' פני משה ח"א סי' ל"ב דגם בספיקא דדינא מוקמי' לה בחזקת הלוקח עיין שם :

גם מהרשד"ם חא"ה סימן קנ"ז בראובן שנתן לחתנו שמעון בית במתנה ע"מ שידור עמו בעיר ג' שנים בתוך הזמן מתה אשת שמעון וטען ראובן שלא נתן הבית אלא ע"מ שתדור בה בתוך ג' שנים הביא ה' הא דאמרי' ה"ז גיטך ע"מ שתניקי את בני ב' שנים וכולי דנחלקו הפוסקים הלכ' כדברי מי ותשו' הרשב"א דכרם וכו' וז"ל ה"נ בנ"ד איבעיא דכ"ע בדין ירד וחמיו החזיקו בביתו ואתה בא להוציאו מכח כת הפוסקי' שסוברים שיצא כיון דאית כאן כת אחרת סוברים שלא יצא תקום ארעא בחזקת מאן דקאי בגווה ע"ש הרי דס"ל דאפילו מודים בעיקר התנאי ובקיומו הוא דנחלקו והוי ספיקא דדינא מוקמי' לה בחזקת מי שהיה בידו וכן כתב מהרשד"ם חח"מ סימן רס"ב דפלוגתא דרבוותא אם בממון בעי' תנאי כפול דקרקע לא אמרי' קי"ל וקרקע בחזקת מריה קמא אלא קרקע בחזקת לוקח קאי כיון דלוקח בדין ירד כמ"ש הרשב"א בתשו' וכו' והביאו ה' כנה"ג בסי' ר"ז הגב"י אות ד' עיין שם וכן כתב ה' עדות ביעקב סי' ס"ג גבי פלוגתא אי אמרי' בקנין חזקה או חליפין במקו' שכותבין את השטר דלא קנה עד שיכתוב את השטר או לא דמס' זכה הלוקח דכיון דלכ"ע הוי מכיר' אלא דלמר הוא על תנאי שיכתוב השטר ולמר אינו על תנאי מס' מוקמי' הקרקע ביד הלוקח כדכת' הרשב"א עיין שם וה' פנ"א סימן ק"ו חלק עליו דל"ד כלל דהתם במכירות הכרם המכר קיים ובדין החזיקו המוכר בכסף ובשטר ובחזקה ונתקיים מכר זה עד שעה שהמוכר יחזור ויתן הדמים ללוקח והרי המוכר בא להוציא מידו הכרם מספק ועליו להביא ראיה אבל בנ"ד לא נתקיים ביד הלוקח אפי' רגע א' א"כ הלוקח בא להוציא מיד המוכר ועליו הראיה והביא ראיה לחי' זה מדברי הריטב"א בחי' למציעא דע"ז עיין שם הרי דלכ"ע אין חיל' בין ספיקא דדינא לספק דתרי ותרי וכן מבואר בדברי ה' כנה"ג בסי' ק"ן הגב"י אות ל"ח עיין שם :

והנה הרשב"א בתשו' חלק ב' סי' רמ"ו נר' מדבריו דאם היה התנאי ע"מ שתתן לי כך הלוקח צריך להביא ראייה שנתקיים התנאי שהרי אין הקרק' קנוי לו אלא בקיום התנאי ועליו הראיה עיין שם ומהר"י ן' מיגש בתשו' סימן כ"ט כתב וזה לשונו שמי שנותן איזה מתנה על איזה תנאי שעל המקבל המתנה להביא ראיה לברר התנאי שתלה בו אותה מתנה כדי שתתקיים המתנה אמר' לענין מי שכתב גט לאשתו ואמר לה הרי זה גיטך אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש וליחוש שמא בא והעמידה התלמוד באומר נאמנת לומר עלי שלא באתי שנר' מכאן טעמא דאמר נאמנת עלי לומר שלא באתי הא לא אמר עליה להביא ראיה שלא בא שבזה תלה הבעל קיום הגט שנתן

שנתן לה וכן הדין כאן על המקבל מתנה להביא ראיה שנתקיים התנאי שבו תלה הנותן קיום המתנה וכך הדין עד כאן לשונו וכן כתב הטור בשם הרמ"ה וז"ל והרמ"ה פי' אפילו אם כת"י יוצא ממקום אחר נאמן במגו שי"ל על תנאי מכרתיה לו ולא נתקיים התנאי וכולי משמע אפילו הלוקח מוחז' וכן כתב הרמ"ה בתשו' סימן רמ"ב דאפילו הקרק' ביד הלוקח צריך להביא ראיה שקיים התנאי עיין שם אלמא כשהתנאי ודאי והספק בקיומו צריך הלוקח להביא ראיה ולכאורה סותר תשו' הכרס וה' כנה"ג חלק שני סימן כ"ט נדחק דדוקא דהתנאי נכתב בשטר אבל בתשו' הכרס השטר הוא בהחלט אלא שזה טוען שעל התנאי היה המכר עיין שם ולדעת מהרשד"ם ומהרא"ח והמש"ל דה"ד אם הספק בעיקר התנאי אבל אם נפל הספק בקיום התנאי כיון שהכל מודים בעיקר התנאי ובקיומו הוא דנחלקו יד המקבל על התחתונה עיין שם ניחא דבסימן רמ"ו הלוקח צריך להביא ראיה שנתקיים התנאי כיון דמודים בעיקר התנאי אבל לחי' הר' פמ"א א"ש דבתשו' הכרס המכר היה קיים עד שעה שהמוכר יחזיר הדמים ללוקח אם כן המוכר בא להוציא מהלוקח ועליו הראיה אבל בסימן רמ"ו לא נתקיים ביד הלוקח אפילו רגע אחד וז"ש שהרי אין הקרקע קניי לו אלא בקיום התנאי ועליו הראיה וכן מצאתי להרדב"ז חלק ג' סימן תקי"ח שכתב וזה לשונו שלא העמד הכרס בחזקת הלוקח אלא משום שבדין ירד לכרמו והחזיק בו וזכה מעכשיו בדין וכל שלא נתקיים התנאי המכר מכר הוא אבל בנ"ד וכולי עיין שם וא"ל קרוב לזה דגבי כרם זכה בו הלוקח כל זמן שלא קיים המוכר תנאו שיתן לו מעותיו תוך הזמן ולכך על המוכר להביא ראיה שהיה תנאי או קיים התנאי אבל בסימן רמ"ו שהתנאי על הלוקח שיתן כו"ך עליו להביא ראיה שקיים התנאי דאם לא נתן לא חל המכר וכן גבי מתנה בע"כ שנתן לו קרק' על מנת שיתן לו ר' זוז על הלוקח להביא ראיה שנתן דכל שעליו התנאי צריך ראיה שעשה מעשה וקיים תנאו כדקיימא לן בסימן רמ"א סי' האומר לחבירו הריני נותן לך כו"ך על מנת שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו אבל אם א"ל על מנת שלא תעשה דבר פ' על הנותן להביא ראיה שבטל תנאו וכתב הסמ"ע הטעם דלעולם מוקמי' הדבר כמו שהיה מעיקרא מש"ה צריך להביא ראיה שנשתנה הדבר ולא קיים התנאי עיין שם ואם כן הכא נמי אם התנאי על המוכר שיתן כו"ך עליו להביא ראיה שעשה מעשה לבטל המקח ואם התנאי על הלוקח שיתן כו"ך עליו להביא ראיה שנתן לקיים המקח דלעולם מוקמי' הדבר כמו שהיה אבל מהרימ"ט חלק א' בתשו' אחרונה כתב דא"ל הטעם דבנותן דבר בתנאי שהוא בשב וא"ת על הנותן להביא ראיה ולא על המקבל שהמקבל איך יוכל להביא ראיה שלא עשה אטו עדים בכנפיה תלו ליה שיעידו עליו כן אבל בתנאי שהוא בקום עשה על המקבל שיכול להביא ראיה עיין שם ולפ"ז אם הספק בקיום התנאי כגון ב' אומרים נתקיים התנאי וב' אומרים לא נתקיים התנאי מסתברא דאין על המקבל להביא ראיה דהרי קיים תנאו בעדים ועשה מעשה מה שבידו לעשות ואם עדים אחרים הכחישום מה לו לעשות וכן גבי מתנה בע"כ:

ג' ואם אין עדים וכולי נר' דאפילו יש עד א' שהקרק' היה של ראובן נאמן שמעון דמגו שהיה מכחיש את העד דבקרק' כיון דאינו חייב רק שבועת היסת אפי' להכחיש את העד כמבואר בסימן ל"ה לא אמרינן מתוך שאינו יכול ליש' משלם וכ"כ התוס' בבתרא דף ל' עיין שם וכבר הוכחתי כן בסימן פ"ב בכללי המגו גבי דאמרי' מגו במקום עד אחד עיין שם באורך:

ד' אלא נשב' ועומד בשלו וכולי הרשב"ץ ח"ג סי' ס"ח כתב דנאמן בלא שבו' דחזקה כשמה היא וכ"ש ליורשיו עיין שם וכן כתב רא"ן דף ק"ב ע"ג וזה לשונו שמעי' מהכא דע"י מגו נאמן בלא שבו' וכו' וכל היכא דאי טעין טענ' מגו לא בעי לאשתבועי כי הכא דרבה בר שרשום דכי טעין לקוחה היא בידי לא היה נשב' דחזקה במקום שטר קיימ' וכולי וכן כתב הרמב"ן בחי' שם בשם גאון והרשב"א חלק ראשון סימן תתקי"ו וסימן אלף קס"א וחלק שני סימן רכ"ח וסימן של"א עיין שם אבל הרי"ף בתשו' סימן קל"א והרמב"ם ס"ל דאפילו החזיק ג' שנים צריך ליש' וכן כ' הרמב"ם בפי"א מהל' טוען והטור בסימן זה ובסימן קל"ה גבי הגודרו' עיי"ש בב"י וכן כתב הרא"ש בפרק חזקת הבתים סי' י"ז וז"ל הילכך הבא מחמת חזקה צריך שבו' נהי דהחזקה במקום שטר עומדת היינו לענין זה שאין מוציאין הקרק' מתחת ידו משום דל"מ לאזדהורי בשטרי' לעולם ושבו' מיהא בעי עד כאן לשונו ור' האי בספר המקח שער מ' כתב וזה לשונו תדע דהיכא דהקרק' ביד בעליה שהוא ידוע שהוא בעל הקרק' זה ובא מי שחולק עליו ואמר לקחתיה ממך וכולי דאם יש לו עדים הלך אחר העדים ואם לאו ישב' זה שלא מכר וכולי עיין שם וראיתי להרב כנסת הגדולה בתשו' סימן ל"ה דף ק"ח ע"ד שכתב לתרץ דברי מרן דבדין א' מיירי כשיש עדים שהיתה שלו דאפילו החזיק המחזיק ג' שנים צריך ליש' דחזקה זו קלישא הואיל דיש עדים למערער אבל כשאין עדים והחזיק המחזיק ג' שנים אין מוסרי' אותו לשבו' והרשב"א לא כ' דאין צריך ליש' אלא בדאיכא תרתי למעליותא אין עדים למערער והחזיק המחזיק ג' שנים עיין שם וליתא דהרשב"א בתש' ח"ב סימן של"א על ראובן שנתן לאחיו שמעון בתים וכרמים בקנין ושטר ומת ראובן ובא שמעון להחזיק וטענו היורשים דחזר ראובן ולקח משמעון והחזיק ב' שני חזקה וטען שמעון דאפילו היה קיים וטען שחזר ולקח היה חייב שבו' והרי מת ולא נשב' ואין היורשים יכולים ליש' כ' וז"ל דאין אחר חזקה שבו' שחזקה כשמה דבר חזק שאין צריך לדבר ועוד דא"כ כל א' צריך להזהר בשטרו לעולם עיין שם הרי דסבירא ליה דאפילו יש עדים למערער שהיתה שלו כל"ד דשטרו בידו ובעדים וקנין שהיא שלו ואפילו הכי כיון שהלה החזיק ג' שנים אין צריך שבו':

ה' כתב הרב כנסת הגדולה אות קנ"א בשם הרדב"ז הקונה בית מהנוי שחבירו מחזיק בו דאינו חייב מטעם דינא דגרמי עיין שם ותשובת הרדב"ז היא בחלק שני סימן תי"ג וכתב שם הטעם משום דלא עשה מעשה בגוף הבית וכל דינא דגרמי עשה מעשה כגון שורף שטרותיו של חבירו וכולי עיין שם דאורך וק' דהא המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו חייב מדינא דגרמי כדאמרינן בפרק הכותב וכתב הרא"ש בתשו' כלל ס"ט דחייב לשלם כל מ"ש בשטר. כמו בשורף שט"ח עיין שם ולכאורה נראה שזה במחלוק' שכתב הטור בסימן ק"ז גבי יתומים שמכרו קרק' חייבים לשלם ולא מטעם חוב אביהם אלא מטעם מזיק שעבודו של חבירו דחייב וא"א הרא"ש כתב בתשו' דאין חייבים לשלם משום דלא קלקלו בגוף הקרק' כלום עיין שם ואם כן לדעת הרא"ש הכא נמי דאינו חייב הקונה דלא הזיק גוף הבית אבל לדעת הטור חייב והרדב"ז עצמו סימן כ"ג השכים עם הטור עיין שם ועיין בספר פני משה חלק שני סימן ע"ו דסבירא ליה דאם אין לו טענה

חייב לשלם מדין מזיק ועיין בספר פרח שושן בתשובה אחרונה :

ז' כתב הרב פני משה חלק שני סימן ע"ו באחד שמכר חנות מולקי לגוי אם מנהג העיר דכל מוכר המולקי' ממילא נשאר לו חזק' המקום ההוא אבל אם לא פורש בהסכמה ולא נמלא מי שמעיד על המנהג בשתם לא נשאר לו החזקה כמו שהעלה מהר"י ן' נחמיאש בתשו' עיין שם מהרא"ש סימן קמ"ח עיין שם והרואה בתשו' מהרא"ש יראה דה"ד במורד במלכות שנלקח כל נכסיו למלך בין מקרקעי בין מטלטלי' מטעם דאין להוסיף ועיין בהרב כנסת הגדולה אות ק"ה :

ז' ראובן שמכר מולקי' שלו לגוי נשארה לו החזקה מהריב"ל הביאו הרב כנסת הגדולה אות ק"ה עיין שם וכן כתב מהרשד"ם סימן רמ"ו וסי' רכ"ב עיין שם :

ח' כתב מהרשד"ם סימן רע"ו באחד שלא ערער על חזקת' כ"ה שנים אם יש טעם והמתלא לשתיקתו לא אבד חזקתו אבל אם אין טעם לשתיקתו אבד חזקתו כדין אלמנה שלא תבעה כתובתה כ"ה שנים ע"ש באורך והרב פנים מאירות חלק ראשון סימן ל"ב תמה דהתם חוב שגי במחילה אבל בקרק' לא מהני מחילה ואפי' למאן דאמר דהחזקות דינן כמטלטלין לא מהני מחילה במטלט' שהם בעין כמבואר בדברי הרא"ש והטור סוף סי' ע"ג עיין שם ונראה דאם דין החזקות כמטלטלין מהניא מחילה כמו בחוב משום דליכא רק שעבוד בעלמא וכ"כ המבי"ט חלק שני סימן קי"ג עיין שם וכן נראה לכאורה מדברי מהריב"ל חלק רביעי סימן ס"ב שכתב על אלמנה שמחל' חזקת חנות שמכר בעלה על תנאי דמחילה או הודאה שייך במטלטלין או בחזקה נמי אם נאמר שיש להם דין מטל' וכו' מסמ' דסבירא דאם החזק' כמטלטלין מהניא מחילה אבל ק' גם במטלטלין שהם בעין לא שייך מחילה אלא דאלמנה אין לה רק שעבוד על נכסי בעלה דשייך מחיל' בשעבוד ואם כן לפילו למאן דאמר החזקות יש להם דין קרק' שייך מחילה בשעבוד אבל בעל החזקה שמחל אפ' דאין מחילתו כלום ואפשר דדמי לבן המלר דמבואר בסי' קע"ה סכ"ט דאפילו אמר ללוקח לך וקח לא בטל זכותו אלא אם כן קנו מידו משום דיכול המלרן לומר משטה הייתי בך כדי להעמידה על דמים הראויים לה דאם קניתי אני מהמוכר היה מעלה לי בדמים משום דחביבה עלי כמו שכתב רש"י בפרק המקבל אבל אם מחל לו זכותו אחר שלקח ואפילו ראהו משתמש בה ושתק ולא מיחה בו שוב אינו יכול לסלקו עיין שם בהסמ"ע אלמא אם אין טעם לשתיקתו הוי מחילה והכא נמי בחזקות דליכא רק שעבוד אם אין טעם לשתיקתו מהניא מחילה דהא מלרן נמי יש לו שעבוד וזכות בקרק' אבל אם כן בשלש שנים או אם משתמש בו ושתק ולא תבעו דהוי מחילה כי התם ועוד בפרק הנושא אמרינן דבעל חוב אפילו שתק כ"ה שני' גובה דלאו בר מחילה הוא אבל אלמנה מחלה ופי' רש"י דמשום דנהנית מהם כל השנים הללו וכתובתה אינה מלו' ולא חסרה בה ממון ע"ש אלמא אפילו חוב בע"פ ששהה כ"ה שנים אם חייב מודה לא אמרינן דמחל דדוק' אלמנ' דמחלה וכבר כתב מהרא"ש תא"ה סימן ל"ז דמה שכתב רש"י דכתובה אינה מלוה ולא חסרה מידי לאו מה"ט לחוד קאמרינן דאם כן גרושה נמי לא חסרה אלא בלירוף טעם דנהני' מהם הא לאו הכי לא מחלה ע"ש וכן כ' רש"י במ"ק הובא בא"ז שם וז"ל שאין למלוה הנאה שיהא מוחל לו חוב אבל אלמנה שיש לה הנאה מהם אם לא מיחתה ונערערה בתוך הזמן מחלה עיין שם הרי דלא הזכיר אלא טעמא דהנאה ואם כן הכא נמי חזקה דדמיא לחוב ואפי' לא חסר מידי שתיקה לא הוי מחילה ובבתרא דף קל"ב גבי הכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרק' אבדה כתובתה אמרינן דמקולי' כתובה שנו כאן וכתב רשב"ם השאר ב"ח לא אבדו בכך עד שיאמרו בפירוש אנו מוחלים השעבוד שעל הנכסים הללו אבל בכתובה הקילו וכו' וכן כ' הנ"י שם ובעל התרומות ש' כ"ט הובא בב"י א"ה סימן ק"ו עיין שם אלמא שתיקה לא הויא מחילה אפילו בשעבוד שיש למלוה על הנכסים ואפילו כתב לו הלוה קרק' דומי' דאשה וכן כתב מהרשד"ם עלמו בסימן שכ"א וסי' שכ"ט עיין שם ואם כן לא גר' שעבוד החזקות משעבוד הב"ח דלא אבד זכותו בשתיקה עד שימחול בפי' ומהר"ם אלשיך סימן ע"ב כתב דלא מלינן שעל ידי שתיקה יאבד אדם זכותו אלא בהנאה מרוב' כההיא דהכותב נכסיו לבניו וכ' לאשתו קרק' דאמ' ר"כ בפרק י"נ דבההיא הנאה שעשאה שותף בין הבנים מחלה וכולי עיין שם וזה כטעם רש"י בפרק הנושא דאלמנה מחלה כתובתה כיון שנהנית מהם וכו' אבל בפרק י"נ לא מן השם הוא זה דבב"ח אפילו בכי האי גוונא דומיא דאשה שכ' הלוה נכסיו לבניו וכ' למלוה קרקע ביניהם לא אבד שעבודו ודוקא בכתובה דמקולי כתובה שנו כאן לכ"ע כמבו' בכל הפוסקי' ומהרש"ל בפיר' לסמ"ג עשין מ"ח שכתב גבי אלמנה שלא תבעה כתובתה וכו' נראה ליה מכאן דמחילה אפי' בלב מהניא וכו' כ"ל דהיינו דוקא אם ידע בעלמו שמחל בלבו אסור לתובעו דהוי גזל וכן אם הודה בבית דין שמחל בלב אבל לא שמעינן מינה דשתיקה הוי מחילה דדוקא בכתו' אמרי' דשתיקה הוי מחילה בלב משום דמקולי כתובה שנו כאן וכן מלאתי למהרימ"ט ח"מ סימן מ"ה שכ' וז"ל אי בעי למילף בעלמא דבלבו הוי מחילה בכמה דוכתי אשכחן דהוי' מחילה וכו' ובדכתב כל נכסי' לבניו בפני אשתו אמרי' בפרק י"ן דאבדה כתובתה אף על גב דאמרינן דמקולי כתובה שנו כאן אבל בב"ח לא התם לאו משום דמחל אלא משום דלא חיים למה שהוא עושה וליכא אומדן דדעת דמחל אבל באשה וכולי אמרינן דלא קפדה ומחלה מכל מקום מחילה בלב לא מהניא לאו כלום היא וכו' הרי דאין חי' בין אשה לב"ח אלא גבי שתיקה דבאשה אמרינן דמחלה בלב אבל בב"ח ליכא אומדן דעתא דמחל אבל אם הוד' שמחל בלב הוי מחילה דאם ל"כ באשה נמי אמאי אבד' כתובתה וזה נראה דעת רש"ל אבל מהרימ"ט שם מסיק דאפילו מודה שמחל בלב אינו כלום דדברים שבלב אינם דברים כל דליכא הוכחה למה שבלבו עיין שם באורך ומהרי"א בספר יוסף אומץ סימן מ"ז כ' דבתי' הגרשוני כתב דמהרי"ט בתשו' נראה שחולק על רש"ל ואם כוין לתשוב' מהרי"ט ח"מ סימן ק"ח נראה דאין ראיה עי"ש ולא ראה תשו' מהרימ"ט ח"מ סימן מ"ה שכ"כ בהדיא עיין שם ומכל מקום לכולי עלמא שתיקה לא הויא מחי' אלא דוקא בכתובה ואפילו הוי מחילה הרי מהרימ"ט ס"ל דמחילה בלב אינה כלום אלא דוקא כי איכא הוכחה למה שבלבו ונראה דאפילו למאן דאמר דשותף שעבר ושינה שלא מדעת חבירו ואחר כך הודיעו ושתק הוי מחילה ה"ד התם דאיכא הוכחה שמחל דומיא דאין אדם רואה שבותמין אורו לפניו ושותק כמ"ש מהר"ם אלשיך ומהרימ"ט שם אבל כל דליכא הוכחה אינה מחילה וגם בפלוגתא קיימא לן דיד הנמחל על התחתונה :

ובדין מחילה בחזקות ראיתי למהרא"ד"ב בספר לחם רב בסימן קמ"ב שכתב דאפילו למאן דאמר

דהוו

דהוו כמטלטלין לא מהניא בהו מחילה עיין שם ולא זכר דברי המבי"ט ומהרשד"ם רבו דסבירא ליה דמהניא בהו לשון מחילה :

ט' כ' הכנה"ג אות קס"ב אם ילא יחיד והניח בניו ואשתו בעיר פשיטא דלא אבד חזקתו ואפילו נאנס ולא חזר הוא והלכה אשתו לבקשו שלא מדעתו לא אבד חזקתו מהרשד"ם חח"מ סימן רמ"ד וכן מהבאר מדברי מהרש"ך אבל מהריב"ל ח"א סימן מ"ז כ' שאפי' טוען שהלכ' אשתו בלא רשותו אבד חזקתו ואפ' דל"פ דמהרשד"ם מיירי במי שידענו בבירור שהלכה בלא רשותו ע"כ ואין נר' כן שהרי כ' מהרשד"ם שם דבכל ספק יש להעמיד החזקה בחזק' בעליה הא' עד שיתברר ברור גמור שבעל החזקה הא' עקר דירתו וקרוב הדבר שא"א לברר זה אלא כשהאיש והאשה שניהם יחד עקרו דירתם בפעם א' אבל כשהאיש ילא יחידי מעירו והניח אשתו ובניו בה פשיטא שלא נאמר שעקר דירתו וכולי עש"ב וא"כ אפי' לא נודע בבירור שהלכ' בלא רשותו מספק מעמדי' החזק' בחזק' בעלי' ודוקא אם נודע ברור שהלכ' אשתו ברשותו הוי עקירה :

יו"ד כ' ה' כנה"ג אות קפ"ה מוקטאצ"ה שיש ליהודי זכות בבתים שהבנין שלו ואלים זכותו נפל מחלוק' אם יש לו דין מולקי' או חזקה ומהרי"ט פסק שדין חזקה יש לה והיולא מן העיר אבד חזקתו וכן אנו נהוגים מהרשד"ס סימן רכ"ז והרש"ך כ' שדין מולק יש לה ולא אבד חזקתו עכ"ל וכבר כ' ה' תורת חסד סי' קע"ב דלא דק דהאם הבנין שבנה עדיין קיים לכ"ע לא הפסיד זכותו דבנין דין מולקי יש לה ודוקא בנשרף פסק מהרי"ט ומהרשד"ס דדין חזקה יש לה עש"ב :

י"א על אחד שהניח אשתו ובניו בעירו ובא להשתחר בעיר זו וקנה חזקה ואח"ך הלך לעירו וכו' ואח"ז רב מכר אותה חזקה לאדם א' כ' מהריב"ל ח"א סימן מ"ו היולא מן העיר יכול להעביר חזקתו לכל מי שירלה ואם לא העבירה אבד חזקתו וכ"כ כמה אחרוני' הביאם הכנה"ג אית קנ"ז והסכי' בס דלאו דוקא במקו' שנהגו כן מנח ל' ההסכמה וכולי אלא דין זה נוהג בכל המקומות עש"ב :

י"ב ראובן שהוא מוחזק בחנות א' ומעלה שכירות לגוי בעל החנות והלך לעיר אחרת ושלח לו לוי שהוא קנה המולקי' מהגוי בעל החנות וכו' וא"כ אין לך אלא דמי החזקה ומכר לו בעד סך ועתה בא ראובן פה העירה ונודע שלא הד"מ שלוי קנה המולקי וכו' המוכר בטל דקני'ה בטעות הוא מאחר שלוי הטעה אותו שקנה המולקי בגילוי דעת סגי אפי' לא ההנה כן בפי' וכו' ה' תורת חסד סימן קע"ד ע"ש :

י"ג הקונה מולקי שתקנו שיפרע למחזיק שווי חזקתו כ' מהרא"ד"ב בס' לחם רב סי' קכ"ט דאם מנהג לכתוב שטר בזה ושמו לו קרקע החזקה שהוא כותב שמכרה לו בכך פשיטא דהיינו נאמן לומר לקחתי ונתתי המעות אבל אם אין מנהג לכתו' שטר ואפי' לא ידענו איך המנהג כיון שתקנו שיפרע לו דמי החזקה הרי גוף הקרקע קנוי לו ודמים הוא שחייב לו והוו כמלוה ע"פ ויכול לטעון פרעתי וכן טוענ' ליורשי' ע"ש ועיין מה שנסתפק מהרא"נ"ח ח"ב סי' ג' בא' שקנה מולקי' וטען שבעל החזקה מחל לו וכ' וז"ל וכ"ת בכ"ד נמי אית ליה מגו דאי בעי אמר פרעתי וכולי ליתא דהכא נראה דל"מ לומר פרעתי כיון שדמי החזקה לא היו קלובים ולא חיוב ברור עד שיעמוד למשפט בפני דייני החזקות לחייב אותו ולהעריך לו שווי החזקה וכו' וכענין שכ' הרמב"ם בדין יורד בשדה חבירו וכו' עיין שם דנראה דס"ל דאינו נאמן לומ' פרעתי אבל הרשב"א בתשו' ח"ד סי' קל"ה כ' וז"ל שורף גדישו או ביתו של חבירו בעדים אם נאמן לו' שלמתי הכל או שמא נאמר וכולי זה שאינו יודע מה שהזיק אין עשוי להאמין את חבירו ולשלם שלא בעדים ובלא ב"ד תשו' נ"ל שזה נאמן שאם על הגדיש או על הבית וכו' כבר ידע מה ששרף או מה שהזיק ויכול הוא לעמוד על האומדנ' כאחרים ואף בטוענו ממון נ"ל כן שהרי יודע הוא שהתובע נאמן וכולי וכל שיודע שיתחייב בדין עשוי הוא למפרע ונאמן עכ"ל הרי דס"ל דנאמן שפרע דאמרי' שיכול הוא לעמוד על האומדנא כאחרים ויודע שחייב הוא בדין וה"נ נאמן הוא לומ' שפרע דמי החזקה דאמרי' שיכול הוא להעריך שווי החזק' כאחרי' :

י"ד כ' מהר"ש ן' חסון בספר בית שלמה סימן ג' בראובן שהיה משתמש בחלר של גוי ושם שם עלים ואבני' ולא רלה לקנות המולקי' מן הגוי לפי שבעות דאין שום בר ישראל שהוא מוחזק וקם א' וקנה המולקי' מהגוי אם ראובן לא פרע השכירות לגוי אפילו נשתמש בו לא זכה כמ"ש מהרשד"ם הביאו מהרש"ך ח"א סימן מ"ח שקבל מרבותיו דאין אדם זוכה בחזקה עד שיעשה שני דברי' שישתמש בו ויפרע השכירות ומה שטען שהקונ' לא קנה רק בדמים ולא כתב לו הגוי שטר ואני זוכה מן ההפקר כמ"ש הטור בסימן קל"ד לזה אומר דאפילו החזיק חזקה גמור' המועלת בנכסי הגוי דהיינו נעל וגדר ופרץ מ"מ למ"ד דשטרי דידן שטרי ראייה אע"ג דלא סמכא דעתיה אלא אחר השטר כבר כתב הר"ן בפ"ק דקידושין דודאי כשכתב השטר קנה למפרע משעת נתינת המעות וא"כ אין חזקת המחזיק כלו' ואם הוא בל' הודאה כשטרי דידן לכ"ע מיקרי שטר ראייה כמ"ש מהרשד"ם סי' רכ"ה ע"ש וליתא שהרי כתב הנ"י בפ' ח"ה בשם המפ' דאפילו כתב לו הגוי שטר אחר שקבל המעות ובא אחר והחזיק בה זכה כיון דגוי אסתלק ליה הו"ל כנכרי וכמי שכתב שטר בשדה של ההפקר ולוקח מן הגוי לעולם לא קנה עד שיכתוב השטר קודם מתן מעות וכן כתב הרא"ש והטור בסימן קל"ד עיין שם א"כ אפילו קנה למפרע משעת נתינת המעות כיון שנסתלק הגוי בכסף הו"ל שדה הפקר ולא מהניא כתיבת השטר ודעת הרמב"ם נראה דבין בשטרי קנין ובין בשטרי ראייה לא קנה ישראל מהגוי אלא משעת כתיבת השטר וכ"כ מהריק"ם בתשו' סימן ג' עש"ב :

ט"ז כתב מהרח"ש בתשו' חלק ראשון סי' ד' בא' ששכר חנות מגוי ונתן לו מעות השכירות אפילו לא נכנס לתוכה החזיק דכל שנתן דמי השכירות קנה וזכה בשכירות כמ"ש הרמב"ם כשם שקרקע נקנה בכסף וכו' כך שכירות נקנה בכסף לבד וכן ראיתי פס' מהרבנים הקודמים מו"ר הר"א סירלאון ומהר"ם טיטאלאק ומהר"ב הלוי אשכנזי שהשיבו כן וכל שכן בנ"ד שלוקח גם כן טי"שקא"ר מגוי דהוי ככסף ושטר וכן כ' בסימן כ"ה עיין שם ונראה דסביר"ל דשכירות נקנה בכסף לבד אפילו במקום שכותבים שטר דאף על גב דבמכר לא קנ' בכסף לבד עד שיכתוב השטר וכן בשטר לא קנה עד שיתן הכסף בשכירות קנה בכסף לבדו או בשטר לבדו כנראה מדברי הרמב"ם וכמ"ש מרן הב"י סימן קל"ה עיין שם וכן בשוכר מהגוי כתב מרן הב"י סימן קל"ב לרשב"ם שפירש גבי נכסי הגוי הרי הם כמדבר דטעמא דלא קני בכסף בלא שטר משום דאפילו מישראל חבירו לא קנה

בלא

בלא שטר משמ' דבמקום שאין כותבים השטר הקונ' קרק' מהגוי קנה בכסף לבד אם כן גבי שכירות כיון דאין רגילות לכתוב עליו שטר קנה בכסף לבד עיין שם וכן פסק מור"ם בסימן קל"ד וכתב הסמ"ע ס"ק ה' דסב"ל דגם למאן דאמר דאפילו במקום שישראל מישראל קונה בלא שטר ישראל מגוי אינו קונה משום דלא סמכא דעתיה מכל מקום בשכירות שהוא לזמן סמכא דעתי' מאח' שהגוי קיבל דמי השכירות עיין שם ונראה דהכא נמי דאף על גב דבשכירות זוכה בחזקה לעולם לא הוי כמכ' אבל ראיתי למהר"ש ן' חסון בספר בית שלמה סימן ג' (א"ה עכ"מ והפשר שכוונת המחבר על תשובת מהר"ש שכתבה המחבר לעיל בסעיף שלפני זה ועיי"ש) :

ט"ז כתב הרב כנה"ג בשם מהר"ש יפה דפלוגתא דרבוותא לא אמרינן דקרק' בחזק' בעלי' עומדת אלא המחזיק בה ידו על העליונה עיין שם וזה מחלוקת רשב"ם והתוספות בבתרא דף ל"ב בד"ה והילכת' וכו' וז"ל רשב"ם פי' מספק"ל כמאן הילכתא וצ"ל בין ספק דתרי ותרי לספק דדינא וכו' התם תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ומוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא אבל הכא דמספ"ל דינא כמאן לא שייך כולי האי למי' אוקמוה אחזקת מרא קמא ונוליה מיד המוחזק ודוחק הוא וכו' עיי"ש ובתשוב' הרא"ש בשם רבו מהר"ם סבירא ליה כרשב"ם וכן פסק ה' פמ"א חלק ראשון סימן כ"ו ושכן דעת הרשב"א ומק' ממה שכתב הרשב"א בחידו' לגיטין דף ע"ה גבי נתינה בע"כ וז"ל ולענין פסק הלכה לא נתברר וכו' ומספיקא לא מפקי' ממונא דקרק' בחזקת בעליה עומדת מיהו מסתבר' לענין מטלטלין וכו' ותי' הרב דלא חילקו התוספות אלא היכא דאיכא אמורא דפשיטא ליה הכי מוקמינן לה בחזק' המחזיק כיון דאיכא לד ברור אבל התם דהוי בספק דתיקו מוקמי' לה בחזקת מרא קמא ע"ש וכן מסיק מהרא"ש סי' ר"ז עיין שם וכבר ראיתי להרב לשון למודים סימן כ"ד שכתב דנעלם מהם מה שכתב מהריק"ו שרש קע"ו וז"ל ועוד אפילו אם תמצי לומר דבנדון דידן הוא מסתפק רא"ב"ן מכל מקום כיון שמעון מוחזק מספק לא מפקינן מיניה ולא מיבעיא לפירוש רשב"ם וכו' אלא אפילו לפירוש ר"י וכולי עיין שם הרי דאפילו בדליכא פלוגתא אלא שהדין מסופק סובר לדעת רשב"ם מוקמינן ארעא ביד המוחזק בה עיין שם לפי זה הרמב"ם לא סבירא ליה כרשב"ם שכתב המ"מ בפרק כ"ד מהלכות מכירה וז"ל או שמכר לו וכו' וקיימא לן דכל דתיקו דממונא חומרא לתוב' וקולא לנתב' והמחבר אף ע"פ שדרכו לפסוק בכל תיקו דממונא אם תפס אין מוציאין מידו גבי קרק' אין לומר תפיסה מועלת דבחזקת בעליה עומדת ע"כ הרי דסבי"ל דבספ' מוציאין הקרק' מיד המוחזק בה ומוקמינן לה בחזק' מרא קמא גם הרמ"ה בתשוב' בסימן רמ"ו גבי בעיא דבריא שכתב נכסיו לאשתו אם עשאה אפוטרופוס כתב וז"ל לפי' מה שיש מקרקעי היא ברשות היורשים באיזה רשות שיהיה כפי כללינו קרק' בחזקת בעליו עומדת ומה שיהיה בנכסי' מטלטלין הוא ברשות מי שהוא ביד מבצ"ד דמספק לא מפקי' ממונא ומה שיהיה מן המטלטלין ברשות זולת שניה' הוא ליורש וכו' עכ"ל משמ' דבקרק' אפילו הוא ברשות המקבל מס' מוקמינן ליה בחזקת הנותן אבל לדברי מהרא"ש והר' פנים מאירות אפשר דלא אמרה הרמב"ם והרמ"ה אלא בספק דתיקו אבל בספק דפלוגתא מודו דמוקמינן הקרק' בחזקת המחזיק כיון דליכא לד ברור וכי האי גוונא חילק מהרש"ג בספר משפטים ישרים סימן ל"ו בין ספ' דתיקו לספק דפלוגתא עיין שם :

י"ז נסתפק מהרי"א בספר ראש יוסף סימן ל"ד אם אין לו עדים על חזקתו והודה המערער שאכלה שני חזקה וטען דגזולה היא אם נאמן במגו דאי בעי אמר לא אכלת שני חזקה והפה שאסר וכו' או דילמא כיון שהודה שאכל' שני חזק' מסתמא אין אדם רוא' שאוכלים שלו והוא שותק שלש שנים ומהר"י כולי בספר עזרת נשים דף כ"ג כתב נראה לענ"ד ראיה מדאמרינן בכתובות אמתניתין ומודה ר"י וכו' וליתני ומודה ר"י באו' לחבירו שדה זו שלך היתה ולקחתיה ממך משום דבעי למיתני סיפ' אם יש עדים שהיא שלו ה"ד אי דאכלה שני חזקה אמאי לא מהימן וכו' וא"א דכשאין עדים על החזק' אפילו המערער מודה שהחזיק וטוען דגזולה היא נאמן במגו אכתי קשה ליתני כי האי גוונא אלא ודאי אפילו ליכא עדי חזקה כיון שהודה המערער שהחזיק אינו נאמן לומר גזולה בלא ראיה עיין שם וזה יש לדחות דכל דליכ' עדי חזקה הוי כלא החזיק ופשיטא דהמחזיק לא מהימן דהמערער נאמן במגו וכי האי גוונא כתבו התוספות שם בד"ה אין צריך וכו' ומ"ש דאין זה מגו טוב דירא הוא לומר שלא החזיק בה שמא יביא הלה עדים שהחזיק וכי האי גוונא כתב הרמב"ן בחי' דף כ"ט גבי הנה נוגעים בעדותם וכולי עיין שם באורך הכא נמי אם אין עדים שהיתה של אביו אמאי נאמן במגו וכבר כ' הדרישה סי' קמ"ט סכ"ה ולא אמרינן דהיה ירא לטעון לא היו דברי' מעולם שמא יהיו עדים שהיא של אבותיו דאם כן גם בטענה דלקחתיה מהקטן לא יהא נאמן וזה דומה למ"ש בסימן קמ"ו סכ"ד דנאמן המחזיק לומר להמערער קניתי ממך במגו דלא ה"ד מעולם משום דאם יביא המערער עדים גם בטענה דלקחתיה ממך לא יהא נאמן עיין שם והכא נמי שהחזיק שלש שנים ג"כ בטענה זו שהיא גזול' לא יהא נאמן :

י"ח כתב ה' כנסת הגדו' אות ק"א המוכר חזקת' לגוי אף על פי שעשה שטר מכירה כדין ישראל כיון דבדיניהם אין לגוי זכות בחזקת ישראל הבא מכחו הרי הוא כגוי מהרשד"ס חח"מ סימן שכ"ב ולדברי הרמב"ן בתשו' סימן ע"ז זכה הישראל הבא מכחו עי"ש ולא דק דהרמב"ן זיכה אותו מטעם דמ"ל ישראל הבא מכח הגוי לומר לישראל אתינא מכח גברא דל"מ לאשתעוי דינא בהדיה ע"ש והיינו דוקא אם היה הגוי זוכה בדיניה' כגון חלונות דבדיניהם היה הגוי המוכר יכול לסתום אבל אם הגוי אינו זוכה בדיניהם כגון הכא דאין לגוי זכות בחזקה לא שייך האי טעמא דאתינא מכח גברא וכו' שהרי הגוי עצמו אינו זוכה בדיניהם ואפילו בא לפנינו דנין לו בדיניהם ואם כן ישראל הבא מכחו הרי הוא כגוי ודוקא אם היה הגוי זוכה בדיניהם אף על גב דאם בא לפנינו דנין לו בדינינו ישראל הבא מכחו יכול לומר אתינא מכח גברא דל"מ לאשתעויי דינא בהדיה שהיה יכול לזכו' בדיניהם אבל אם אין לו זכות בדיניהם א"כ מצי ישראל לאשתעויי בהדיה דאפילו זוכה בדינינו כיון דבדיניהם אין לו זכות בחזקה דנין לו בדיניהם ומהרשד"ס שם סיים דלא תקנו החזקה אלא לישראל ואינו יכול למכור אלא לישראל ולא לגוי עיין שם ואם כן לא קנה הגוי כלל והכא נמי דבין בדיניהם בין בדינינו הדין א' והכא נמי ישראל הבא מכחו לא קנה וכי האי גוונא כתב הרמב"ן בתשובו' שם וכן קיימא לן בסימן קל"ד דגוי אינו קונה בחזקה אלא בשטר ישראל הקונה מגוי הרי הוא כגוי עיין שם אבל ראיתי למהרח"ש ח' א' סימן ל"ג שכתב בישראל שהקנה חזקה לגוי לאחר ל' שנה דלא קנה משום דבאותה שעה

הדר סודרא למאריה עש"ב משמ' דסב"ל דאם הקנה לו לגוי עכשיו החזקה קנה :

י"ט כתב הרב בית דוד חא"ה דף ט"ל בא' שנתן מתנה מנכסי מלוג לקרובת אשתו וא"ל שברשותה נתן המתנה זו ומתה אשתו והבעל הוא יורשה ובא לערער שה' מהרי"ק כתב שהבעל זכה בטענתו כיון שהאשה יכולה למחות הוא יורש את כחה וכולי וכת' ה' וז"ל דנהי שהאשה היתה נאמנת מ"מ לדעתו בקר היתה טוענת וכולי איך יוכל לירש מה שאינו שלה לפי דעתו אטו מי שמעיד על אביו שהקרק' שמחזיק בו הוא גזול הוא אתו כי הוא יודע שהוא של ראובן דאם מת האב יירש הבן אותו קרק' בטענת שהיה האב יוכל להכחיש אותו והלא כיון שהודה שאינו של מורישו א"א לירש מה שאינו שלו וה"נ הכא וכולי עיין שם ולכאורה נ"ל ראיה ממ"ש התוס' בבתרא דף ל' בד"ה לאו וכולי וזה לשונו אף על גב דליכא מגו מכל מקום טעני' ללוקח מאחר שהמוכר היה נאמן לומר זבינתא מינך במגו וכו' וכה"ג מלי' בסוף המוכר גבי מפקיד אצל חבירו בסתם דאף על גב דלא טעני' ליתמי נאנסו הפ"ה טעני' להו החזרתי לך כיון שאביהם היה נאמן בטענה זו במגו דאי בעי אמר נאנסו והור"י דל"ד להא דהמוכר את הבית דהכא אם היה המוכר רוצה לזכות בטענה זו דלא היתה שלך מעולם לא היה מעכבי' הלוקח שהרי יודע היה שהיתה שלו וכולי עיין שם הרי אף על גב דהמוכר היה נאמן וזוכה בה אין הלוקח זוכה כיון שמודה והכא נמי גבי יורש מיהו צ"ע שהרי הרשב"א בתשו' חלק שני סי' ש"ז בראובן שמת והיו ב' בנות יורשות נשואות לבעל א' לשמעון וא' ללוי ועמדה אשת לוי והודית בבית דין לשמעון בעל אחותה שאביה לוה לפני מותו שיתנו לו מנכסיו ק' דינרים ואין שם עדים אלא הודאתה לבד אם נאמנת אם לאו לפי שיש לבעל זכות בנכסי מלוג שלה לאכול פירות בחייה ואם מתה הבעל יורשה וכתב וז"ל ומ"מ יש כאן מקום חקירה אפילו מת הבעל בחיי האשה אם יגבה שמעון זה מן האבה מחמת הודאתה אם לאו לפי שאפשר לה לטעון כשהודיתי לך לא היה אלא כדי להפסיד את בעלי וכיון שבאותה שעה לא הייתי נאמנת ונתבטלה הודאתי אין חוזרת וניעורת עכשיו וכענין שאמרו ר"פ האשה שנתארמלה האומר שטר אמנה וכולי וכתב הראב"ד שאם עמד מלוה זה ופרע לאבר חב לו שחוזר וגובה מאותו לוה אף על פי שהודה לו שהוא שטר אמנה לפי שיכול לומר לו מתחלה לא נתכוונתי בהודאתי אלא להפסיד על ב"ח וכיון שלא הייתי נאמן באותה שעה אין בהודאתי כלום ומכל מקום מסתבר' דכאן נאמנת היא לפי שקרן נכסי מלוג שלה הוא ונאמנת היא עליו שאין לבעל בקרן כלום כל שלא מתה האבה בחייו עד כאן לשונו ואם כן הכא נמי בכ"ד אף על פי שהודה הבן שהקרק' אינו של מורישו כיון שלא היה נאמן באותה שעה אין בהודאתו כלום והקרק' עומד בחזקת אביו וכשמת יורשו הבן וגם ר"י והרא"ש והטור סימן נ"ז שחולקים על הראב"ד נראה דמודו בכ"ד דהתם עיקר הממון שלו ונאמן בהודאתו על עצמו אבל הכא באותה שעה אין עדותו כלום והרשב"א במיוחסות סימן קי"ז הביא דברי הראב"ד וכתב וזה לשונו ועוד נ"ל דלא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדי' אלא בתובעו חבירו וכולי אבל אם הודה מעצמו יכול לחזור בו וכולי עיי"ש ושוב ראיתי להרשב"ץ חלק ג' סימן רל"ב שכתב וזה ל' ואם האח טוען לא נתנה לי אמי כלום ועדיין הם ברשותה ישב' ע"ז ויפטר וגם אמן פטורה היא שאינה מתחייבת בהודאת בנה אלא שאם תמות וירשה בנה תטלם מאחיה בלא שבו' מפני הודאת פיו שלא קבלה אחותו כלום וכו' עיין שם הרי דסבירא ליה אף על גב דבשעת הודאתו אין עדותו כלום מהני הודאתו כשירש מיהו לכאורה נר' בכ"ד דהבן יורש אותו קרקע מדאמרינן בגיטין דף נ' עמוד שני כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא נתן לי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ונותן אוכל פירות ורבה אמר משלשין את הפירות ולא פליגי הא באבא הא בברא ופירש"י אם מקבל מתנה עצמו בחיים ואמר שלא נתן לי נאמן ואוכל הנותן הפירות אבל אם מת ובנו אמר לא נתן שדה זו לאבא משלשין דשמא יבאו עדים שמסרה לאביו וזה לא ידע עיין שם וכן פי' הרמב"ם והטור סימן רנ"ה עיין שם והכא נמי אפילו הבן יודע שהיא של ראובן שמת אביו לקחה ממנו והוא לא ידע והטור בסימן ל"ז בראובן שגזל שדה משמעון ובא יהודה וערער על ראובן אם בא שמעון להעיד שהיא של ראובן יכול להעיד שכיון שהודה על הדבר שהוא של ראובן שוב אינו יכול לערער עליו ולומר שהיא שלו ואינו נוגע בעדותו ופסקו מור"ם שם סי"ז וכ' הט"ז שם א"ל אמאי לא יוכל לומר אחר כך שלא הודיתי אלא שלא יקחנה המערער וכהאי דסימן מ"ז בשטר אמנה וכולי י"ל שאני התם כיון שבע"ח בידו הסברא נותנת שלא נפרע עדיין והוא אומר כדי לדחות ב"ח שלו עד כאן לשונו וליתא דמתשו' הרשב"א שכתבתי מוכח בהדיא דאין חי' ועיין בתשו' מהריב"ל חלק ד' סימן כ"ב דסבירא ליה דאם חב לאחרים אין מחילתו כלום וגבי שטרו ולא זכר מחלוקת בזה עיין שם :

ד' דין ה' ונמלא בטל וכולי כגון שהיו עדים פסולים חתומים בו או שהיו עדים כאן ולא היו מקיימים אותו השטר אבל אם הביא את השטר לפני בית דין והעדים אינם בעיר אף על פי שאינו מועיל מי שיקיים השטר דיו דמן הסתם אינו בחזק' מזוייף הר"ן בס"פ זה בורר וכן כתב הרמ"ה בפרק גט פשוט סימן ל"ח דאם אמרו העדים מעולם לא חתמנו בו ואינו יכול לקיימו מפי אחרים בטל השטר ובטלה החזקה עיין שם משמע דאם יכולים לקיימו מפי אחרים אפילו עדי השטר אמרו מעולם לא חתמנו בו קיים ועיין בב"י סימן מ"ו אבל בתשו' הרשב"א סימן תתקס"א משמע דאפילו אינו מולא לקיימו ועיין בתשו' מהרש"ג בספר משפטים ישרים סימן מ"א :

כ"א אם טען אחר כך אבד השטר אינו נאמן וכו' נ"ל דאינו נאמ' שאבד שטרו ויועיל לו חזקתו אלא לריך ליש' שאבד שטרו ואחר כך יהא נדון בחזק' הב"ח עיין שם וכן ראיתי לרא"ן בספרו דק"י ע"ג וזה לשונו והלכה כרבי ונדון בשטר דאמר ר' נדון על השטר וישב' עליו קאמר דכיון דטען שיש לו שטר שמא פסול הוא ומתיירא להביאו לפני בית דין והחזקה מכח שטר פסול היא הילכך כי קאמר עכשיו אבד ישב' שכן היא וכולי עד כאן לשונו אבל מדברי הר"ן בחידוש' בפרק זה בורר שכתב וזה לשונו ואם בא ואמר אבד שטרו לא עשה ולא כלום וכן אם הביא את השטר והיו עדים פסולים חתומים בו או שהיו העדים ולא היו מקיימי' אותו כמו כן לא עשה ולא כלום וכולי עיין שם משמע דאם אמר אבד שטרו לא עשה כלום ואינו נדון בחזק' אפילו בשבו' דומיא דהיו עדים פסולים :

כ"ב כתב רא"ן סימן ק"י דהיינו דוקא בקרקע דנקנה בשטר ובחזקה וכיון דחזקה מכח שטר פסול אין כאן לא שטר ולא חזקה אבל מטלטלי' דנקני'

דנקני' במשיכה ואינס לריכיס חזקת ג' שניס ולא שטר:

כ"ג נסתפק מהרח"ש ח"א סימן כ"ח ביורש ולוקח שבאים בטענת שטר וחזקה ובטל השטר אם בטלה החזקה כיון דטועני' לו עיין שם באורך ומהרימ"ט ח"מ סימן כ"ח כתב גבי לוקח מלוקח דאין לריך לברר והביאו הרב כנסת הגדולה אות ר"ג עיי"ש וכן כתב מהרימ"ט ח"א סימן קל"ב דהיורש א"ן לברר עיין שם אבל כבר מהרש"ג בספר משפטים ישרים סי' כ"ד דחה זה מתשו' הרשב"א סימן התקס"א עיין שם וכן ראיתי להרב דברי אמת בתשו' סימן ג' שתמה על מהרח"ש ומהרימ"ט מתשו' הרשב"א סימן תתקס"א שכ' דלריך האשה לברר הכת"י שנתן שמעון ללוי עיין שם:

כ"ד ונמצא בטל וכולי נלע"ד דה"ד אם אין לו טענה שקנה אלא בשטר כגון שהיה שטר קנין דמחמת אותו שטר החזיק בקרקע אבל אם טען שקנאה מהמוכר בכסף ונתן לו המעות וכתב לו שטר ראיה איך שמכר לו אפשר דאפי' בטל השטר קנה כיון שהחזיק מכח קנין המעות והשטר אינו אלא לראיה מהרש"ג בס' משפטים ישרים סימן כ"ד ע"ש:

כ"ה דין ח' ואם יטעון המערער וכולי אבל אין טועני' ליורשיו כן דמילתא דלא שכיחא היא מהרא"ר"ב סימן קס"א ע"ש:

כ"ו (א"ה השאלה נאבדה ומתוך התשו' יתבאר לך) תשובה מה שטען היורש שהבן הנותן הוא מוחזק בבית ולעולם הוא דר בה ואלו היה קיים וטען אחר שנתתי לך חזרתי ולקחתי ממך נאמן וה"נ טועני' ליורש יפה טען כמ"ש הרא"ש בתשו' כלל ל"ח סימן י"ח וכן מוכח בתשו' הרשב"א סימן תק"פ והובא בב"י סימן זה עיין שם וכן כתב בסי' אלף קנ"ע ובח"ב סימן של"א בשטר מתנה ומשמע שם אפילו לא החזיק בה המקבל כלל אלא לעולם הנותן דר בה ואוכל פירותיה אפ"ה טועני' ליורש ולוקח שמא חזר ולקח' ממנו וכן פסק מהר"י הלוי סימן ס"ג והמבי"ט ח"ב סימן ק"א ומהרח"ש ח"א סימן כ"ד וה' פני משה ח"ב סי' ל"א עיין שם ולכאורה דאם בשעת המתנה הוא דר בה תלוי במחלוק' דסימן ק"ן אם היורד ברשות יש לו חזקה או לא וה' עדות ביעקב סימן כ"ה כ' דכל שהאב אינו זוכה אלא מכח ספק ומכח שהוא מוחזק אין טועני' ליורשים ע"ש וכ"כ ה' שמחת יו"ט סי' ל' דקט"ו לדעת בעל התרומות והביא מ"ש ה' כנה"ג בסימן ק"ח דאין טועני' ליורשי' טענת קי"ל עש"ב וה"נ שהאב אינו זוכה אלא מספק אם היורד ברשות יש לו חזקה או לא אין טועני' ליורשי' וכן פסק ה' בני אהרן סימן ק"ע דאין טועני' להם וזכה מקבל מתנה עש"ב אבל הרשב"ש בתשו' סימן ת' כ' וז"ל ואם מת לוה קודם שנשלם הזמן ואחר שנשלם הזמן מת מלוה יגבו יורשיו בלא שבועה אע"ג דאבעיא לן בפ"ק דבתרא תבעו לאחר זמן ואמ"ל פרעתיך בתוך הזמן מהו הלא איפשטא וכתב הרי"ף דכל כה"ג חומרא לתובע וקולא לנתבע וכולי וקי"ל דטועני' ליורשי' וכיון דאם אבוהון הוה טעין הכי מיפטר ופוטר כמי יורשיו לא היא וכולי ע"ש וכן כתב מהר"ש ן' חסון בס' בית שלמה סי' כ"ח עיין שם הרי דס"ל דאפילו דבר שאין האב זוכה אלא מס' מכח שהוא מוחזק טעני' ליורשי' כן וה' כנה"ג עלמו בסי' רמ"ו תמה על מהרש"ג מנ"ל הא ודעתו דטועני' ליורשי' טענת קי"ל עיין שם א"כ אפילו נימא דללוקח לא טעני' טענת קי"ל ליורשים טעני' דרשות יורש לאו כרשות לוקח וכמ"ש ה' שמחת יו"ט שם ומ"ש ה' כנה"ג בסימן ק"ח אות ג' דבסי' רמ"ו כתבתי דלא טענינן ליורשים אלא דוקא טענה שאינה תלויה בעיקר הדין כגון טענת פרעתי או החזרתי אבל טענה שתלויה בעיקר הדין כגון לומר קי"ל לא טעני' והרואה דברי ה' בסימן רמ"ו שכן דעת מהרש"ג וה' תמה עליו מנ"ל הא ודעתו דאפילו למוחז' עלמו ב"ד טוענים בשבילו קי"ל וכ"ש ליורשיו וכ"כ בסי' כ"ה עיין שם וכן כתב ה' בתשו' ח"א סימן כ"א גבי פסק דין דיכול המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דנאמן לומר פרעתי וטועני' ליורשים כן עיין שם ובסימן כ"ז כ' וז"ל עוד כ' בעל הקו' דמאחר דטענת קי"ל אלום' די כשהבע"ד עלמו יטעון כך אבל לא טעני' בעבורו וכו' וכבר כתבתי בפסק הא' שדברי מהרש"ך ח"ב סימן ק"פ ברור מללו שב"ד טוענים כן והדברים מוכרחים וכולי ומן התימא עוד עליו שלא הביט דטעני' ליתמי קי"ל וכולי עש"ב וכן כתב עוד בתשובות ח"ב סימן ס' עיין שם ועיין בספר בני אהרן סימן כ"ד והתימא על ה' שמחת יו"ט סימן ל' ד' קט"ו שלא ראה דברי הכנה"ג בסימן כ"ה וסימן רמ"ו עיין שם ושם חלק ה' על ה' עדות ביעקב וכבר כתבתי בסימן ס"ט טעם אחר לדברי בעל התרומות והוכחתי מדברי התוס' ריש גיטין בד"ה ואם וכולי דאפילו בתוך הזמן טעני' ליורשים פרוע דאל"כ אכתי לא שבקת חיי שיכול אדם לכתוב שטר בתוך הזמן ויגבה מהיורשי' ע"ש א"כ אע"ג דמגו במקום חזקה בעיא היא ואינו זוכה האב אלא מס' והוא מוחזק אפ"ה טעני' ליורשים גם הש"ך בסימן ק"ח גבי שטר כיס בתוך הזמן נדחק לומר הטע' דלא טעני' להו החזרתי במגו דנאנסו משום דמילתא דלא שכיחא היא עיין שם נראה דס"ל דטענה דשכיחא אע"ג דאביהם לא היה זוכה בה אלא מס' טעני' להו ועיין בס' פני משה ח"ב סימן נ"ז דהכי ס"ל עיין שם ועיין במהרח"ש ח"א סימן י"ג שכ' דלא הוי כיורד ברשות כיון שהיא מתחילה הית' שלו והוא דר שם עש"ב גם מהר"ש חסון בספר משפטים ישרים סימן כ"ב בראובן שמכר ביתו לשמעו' ולא יצא מביתו ומת ראובן ולדד דלכ"ע לא מיקרי יורד ברשות אחר שחזר ולקח באותו יום עלמו והביא קצת ראיה מתשו' הרשב"א עיין שם ואפשר שזהו דעת ה' פני משה דלא זכר מחלוקת זו דיורד ברשות וכן מוכח מתשו' הרשב"א ח"ב סימן של"א עיין שם:

וראיתי למהר"ש ן' חסון בספר משפטים ישרים סי' כ"ב בראובן שמכר ביתו לשמעון ולא יצא מביתו ומת ראובן שכ' לזכות היורשים דאם היה טוען תנאי היה או אמנה נאמן במגו שיכול לומר חזרתי ולקחתי כמו בשטר כיס דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וכמו שנאמן לומר תנאי היה או אמנה אם לא נתקיים השטר במגו דמזוייף ואע"פ שיש פוסקים דס"ל דאינו נאמן לומר חזרתי ולקחתי ולדידהו ודאי אינו נאמן לומר תנאי או אמנה מ"מ בהא שהמוכר מוחזק והוא מרא קמא וגם הבית ברשותו ואוכל פירותי' נראה דאין לפקפק וכן טועני' ליורשי' חזר ולקח או תנאי ואמנה דהוו מילת' דשכיחא עש"ב הרי דס"ל דאפילו טענה שאין האב זוכה בו אלא מספק כיון שהוא מוחזק טעני' ליורשים ומ"ש שאם טען תנאי או אמנה נאמן במגו דיכול לומר חזרתי ולקחתי כ"כ מהרש"ך ח"ב סימן מ"ט הביאו ה' כנה"ג בסימן זה אות ד' ע"ש וכן כתב המבי"ט ח"ב סימן י"ח וז"ל ומגו שהיתה רחל יכולה לומר טענה זו חזרתי ולקחתי ממך נאמנת לומר אני קניתי אלא שעשיתי השטר בשמך דהוי כשט' אמנה דנאמן לומר שטר אמנה הוא כשיש לה מגו וכולי עיין שם ונראה לי' ראיה ממ"ש הטור בסימן קמ"ז

קמ"ז וז"ל ואם טוען על התשלום שהודיתי לו חזרתי ולקחתי ממנו אם אין כת"י יוציא ממ"א נאמן במגו שאין זה כת"י וכולי והרמ"ה כ' דאפילו אם כת"י יוציא ממ"א נאמן במגו שי"ל שעל תנאי מכרתיה לו ולא נתקיים התנאי וכולי עיין שם הרי דנאמן על טענה אחרת במגו דתנאי א"כ משמע דנאמן לומר תנאי היה במכירה ולא נתקיים התנאי אפילו ליכא מגו אבל ראיתי למהרא"ד"ב סימן קל"ג שכ' וז"ל כפי הנראה מדברי השאלה אשת שמעון מודה שהיא ובעלה לא קנו מלוי החזקה כלל דמן הדין כיון שהחזיקה שני חזקה יכולה לטעון וכולי אולי בעלה חזר וקנה החזקה מבעליך כיון שהחזיק שני חזקה בחייו וטענת' היתה טענה דקי"ל טוענין' ליורשי' וללוקח ותעמו' החזק' בחזקת יורשי שמעון אבל מאחר וכולי אלא ששטר זה שטר אמנה הוא וכולי אינה נאמנת דהרי כ' הרמב"ם בפ"יד מה' מלו' דאע"ג דיכול לטען בשטר שאין בו נאמנות פרעתיך אינו יכול לטעון שטר אמנה וכולי ע"ש מבואר דס"ל דאינו נאמן בטענת אמנה אע"ג דאיכא מגו דיכול לומר חזרתי ולקחתי הפך דברי המבי"ט ומהרש"ך ואע"ג דנאמן בטענה זו אם לא נתקיים השטר במגו דמזוייף אפשר דדוקא במגו דמזוייף נאמן משום דהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכה"ג כתב הרמב"ן בפ' המוכר את הבית גבי שטר כיס דס"ד דאינו נאמן לומר החזרתי אף על גב דאיכא מגו משום דא"ל שטרך בידי מאי בעי וז"ל ואף על גב דלמ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ואי לא מקיים ליה מהימן לומר פרעתי במגו דאי בעי אמר מזוייף הוא ולא אמרינן ליה שטרך בידי מ"ב שאני התם דכל אימת דלא מקיים לאו שטרא הוא כלל והפה שאסר הוא הפה שהתיר אבל הכא שטר וכולי עד כאן לשונו ואף על גב דמוסקי' התם דנאמן לומר החזרתי במגו א"ל דה"ד לענין דלא אמרינן שטרך בידי מ"ב אבל בטענה גרועה אינו נאמן במגו אלא דוקא גבי מזוייף משום דהפה שאסר הוא הפה שהתיר והרמב"ן במלחמות בפרק ח"ה גבי קריביה דרב אידי וכולי כתב וזה לשונו ומאי דאמר דל"ג דאיהו מקרב טפי משום דלא אמרינן הכא מ"ל לשקר דבמקום עדים לא אמרינן אי משום הא לא איריא דהכא הפה שאסר הוא הפה שהתיר ול"ד למ"ל לשקר דלעיל וכולי עיין שם הרי דאף ע"ג דמגו במקום עדים לא אמרינן ס"ד דהפה שאסר הוא הפה שהתיר אמרינן ונאמן נגד העדים במגו דאי בעי אמר להד"מ לכך הזכירו הודאתו שהיא המחייבתו לשלם וכן כת' התוס' בכתובות דף י"ח עמוד שני בד"ה הרי וכולי גבי העדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו וכולי כת' וז"ל וא"ת למה נאמנים והא מגו במקום עדים הוא דאנן שהדי שלא היו אנוסים וכולי וי"ל כיון דהצריכו חכמים קיום הכא לא חשיב כלל קיום מ"ש כת"י הוא זה כיון דאינהו גופייהו אמרי תכ"ד קטנים או אנוסים וכולי עיין שם הרי דאפי' בטענה גרועה נאמני' במגו דמזוייף אבל במקויים לא אמרינן מגו דפרוע כמ"ש התוס' שם בד"ה אין וכו' עיין שם והכא נמי אפשר דטענת אמנה גרועה ואינו נאמן אלא בשטר שאינו מקויים במגו דמזוייף וכן משמ' מדברי הרמב"ם ומרן בסימן מ"ו שכתב הואיל ואם רצה אמר לא היו הדברים מעולם והרי מפיו נתקיים וכולי וכן כ' הטור בסימן פ"ב עיין שם וכן מצאתי להפרישה בסימן כ"א גבי שטר בע"א שכתב וזה לשונו וכשטען פרעתי לא אמרינן דמהימן בשבועה במגו דלא לויתי וכולי א"כ דסו"ל מגו במקום חזקה דחזקה אין אדם פורע ומניח השט"ח ביד המלוה ומ"ש ר' בר"ש מ"ו דנאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף שאני התם כיון שאינו יכול לקיימו לא מחשב שטר כלל וגרע מהך דהכא עד כאן לשונו הרי בהדיא כמ"ש אבל המבי"ט ומהרש"ך ס"ל דכל דאיכא מגו נאמן ושטר שאין בו נאמנות שאני דליכא מגו דאף על גב דיכול לטעון פרעתיך היינו דוקא להצריך שבוע' אבל דאיכא מגו נאמן כמו בשטר כיס דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וכ' רשב"ם שם אבל מלוה את חבירו בשטר ל"מ טעין לוה פרעתי דא"ל אידך שטרך בידי מאי בעי דגבי לוה ליכא מגו דאפילו טעין נאנסו צריך לשלם דמלוה להוצאה ניתנה עיין שם משמע דכל דאיכא מגו נאמן וה"נ בטענת אמנה נאמן בכל מגו דטענת פרוע ול"ד במגו דמזוייף וכן מוכח מדברי התוס' שם בד"ה או וכו' שכ' וז"ל אפילו למאן דאמר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ומהימן לוה לומר פרוע הוא ולא אמרינן אם כן שטרך בידי מ"ב התם משום דזמנין אפסיטי דספרא זייר ליה וכולי עיין שם ולא תי' דהתם נאמן במגו דמזוייף דהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכן כתב מהריב"ל חלק ג' סי' כ"ה במי שנתחייב בשטר לפרוע כל מה שימצא כתוב בפנקסו בכת"י אין לו דין שטר ויכול לטעון אמנה או רבית במגו דפרעתי וכולי והם דברי בעל התרומות והטור סימן ס"ג ופסקו מרן שם בכת"י אם טען אמנה הוא נאמן במגו דפרעתיך עיין שם אלמא דכל דאיכא מגו נאמן ומהרשד"ם סימן קע"ב כתב וזה לשונו ועוד שטר אמנה לא שייך אלא בשט"ח דנאמן לומר אמנה במגו דאי בעי אמר פרעתיך ובכ"ד ליכא מגו ולכן אפילו אביהם ל"מ למי' שטר אמנה ועוד דאביהם אם היה נאמן בטענת אמנה היה נאמן ובשבו' ועתה אינו חי שישב' וכו' עיין שם לא דק דבשטר חוב אינו נאמן לומר אמנה אלא אם לא נתקיים השטר במגו דמזוייף אבל אם נתקיים השטר אינו נאמן אפילו להצריך המלוה שבוע' וכל שאביהם נאמן במגו טוענין' הכי ליורשי' כמ"ש התוס' ריש גיטין בד"ה ואם וכולי דאפילו לא טעני' ליורשי' מזוייף טעני' להו פרוע כיון שאביהם יכול לומר פרוע במגו דמזוייף כמו בשטר כיס דלא טעני' להו נאנסו וטעני' להו החזרתי ע"ש אלמא אף על גב דטענת מזוייף ונאנסו לא שכיחא ולגבי יורשי' ליכא מגו כיון שאביהם היה נאמן לומר פרו' במגו דמזוייף טעני' הכי ליורשים והכא נמי דכוותה טעני' ליורשים ואף על פי שאביהם היה צריך שבועה היורשים אינם צריכים שבו' ליפטר כמבואר בסימן ס"ט ע"ש אבל יש להסתפק דאפ' אפילו נימא דאם טוען הוא שטר אמנה נאמן במגו דחזרתי ולקחתי כמ"ש מהרש"ך והמבי"ט אין טוענין הכי ליורשים דתנאי או אמנה מילתא דלא שכיחא היא וכן נראה להוכיח מדברי התוס' ריש גיטין בד"ה ואם וכולי שכ' וז"ל אבל בממון טוענים מזוייף לנפרע שלא בפניו ומיתומים ומלקוחות דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה שיכול כל אדם לכתוב שטר מלוה וכולי מיהו מזה אין להוכיח דאפילו לא טעני' להו מזוייף טעני' להו פרו' כיון שהוא עצמו יכול לומר פרו' מגו דאי בעי אמר מזוייף וכולי וכתב מהר"ש שם דנ"מ במקום שאין לומר פרעתי כגון שמת בתוך זמן השטר עיין שם וא"ת אפילו בתוך הזמן הרי יכולים לטעון תנאי או אמנה במגו דמזוייף אלא משמע דתנאי או אמנה מילתא דלא שכיחא ולא טענינן ליורשים והטור בסימן ק"ד במלוה שבא לטרוף מלקוחות כ' דמשבעי' אותו בנק"ח שלא נפרע כלום וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה ושלא מכרו ושלא מחלו וכ' הרמב"ם אם השטר לזמן ועדיין הוא בתוך הזמן נפרע שלא בשבו' וכולי וכן פסק מרן שם אלמא טענת אמנה לא שכיחא

ולכך

ולכך אין טוענ' אותה ללקוחות ולכך המלוה טורף בלא שבועה וכן פסק הרמב"ם והטור ומרן בסימן פ"ב דאם טען הלוה שטר אמנה הו כתבתי ללוה ולא לויתי והמלוה מכחיש ואמר הלוה השבע וטול אין שומעין להשביעו אך ק' שהטור ומרן שם כתבו דאם טען הלוה השטר נעשה על תנאי וכו' ואין המלוה מודה לו שהיה שם תנאי ואין העדים לפניו נשבע המלוה ונוטל כמו בטענת פירעון עיין שם אלמא תנאי שכיחא ונשבעין עליה ואם כן בתוך זמנו אמאי טורף אלקוחות בלא שבועה נטעון להו שמא היה תנאי ואין נר' לומר דה"ד אם כתוב בשטר שנעשה בלא שום תנאי אלא ודאי דוקא אם טען אותה הלוה כגון שאינו עוקר בגוף השטר אף על גב דלא שכיחא צריך המלוה לישבע אבל ליתומים וללקוחות אין טוענים אותה וכן אם טען מחלת לי כ' מרן בסי' פ"ב יש מי שאומר שדינו כמי שטוען פרעתי וכולי ובסי' קי"ד כתב דבתוך הזמן טורף בלא שבועה וכן קיימא לן בסי' ק"ח דגובה מהיורשים בתוך הזמן בלא שבועה ולא חיישינן למחילה אלא דוקא אם טען הלוה בריא משביעין המלוה אבל אין טוענ' ליורשים וללקוחו' דמחילה לא שכיחא כמ"ש בסימן ע"ה עיין שם באורך והכא נמי אין טוענ' ליורשי' תנאי ואף שהרמ"ה בפרק י"כ סימן יו"ד כ' דטוענ' ליורשים תנאי היה כיון שהאב יכול לטעון במגו וכ"כ בהבו' סי' רל"ג ע"ש ונר' דהרמ"ה סבירא ליה דכל טענה שאביהם יהיה נאמן עליה אפילו היא רחוקה טעני' ליורשים דדוקא נאנכו לא טעני' להו מטעם אחר שכתב בפרק המוכר את הבית סימן ע"ז עיין שם וכן כתב בפרק גט פשוט סי' קל"ג דהכא נמי טוענ' ליורשי' שפרע בתוך זמנו אף על גב דלא שכיחא היא כמ"ש לעיל סימן ע"ח עיין שם אבל לדעת הפוסקי' דלא טעני' ליורשים טענה דלא שכיח' הכא נמי לא טעני' להו תנאי או אמנה דלא שכיחא ואם כן אפשר דמהרא"ד"ב אינו חולק על המבי"ט ומהרש"ך דלא אמר אלא לגבי היורשים דהוי טענת שמא דאין נאמנים לומר אמנה דהא אין הלוה יכול להשביע למלוה על טענה זו וכתב הסמ"ע בסימן ק"ח ס"ק ט"ו טעמא דאין למלוה דנפרע מהיתומים אלא בשבועה משום דאם היה הלוה חי וטען השבע לי דלא פרעתיך צריך לישבע וה"נ טוענ' ליורשי' וכן כתב רש"י בפרק הכותב ובפרק השולח טעם זה עיין שם וכן כתב ה' ישעיה בספ' א"ז בפרק דייני גזירות דק"ט עמוד ב' וזה לשונו ואי ק' לך טעמא דטען אפטרופ' הא לא טען לא היה טוען אביי הכי בעבור היתומים והא קיי"ל וכולי שהרי אין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבועה ואף על פי שיש ביד המלו' שטר חוב ויתמי לא טעני מידי טוענ' ב"ד בעבורם י"ל דדוק' גבי פירעון דשכיחי אינשי דפרעי ולא קרעי לשטרא וכולי אבל בחזר ולקחתיו דהוי מילתא דלא שכיחא וכולי עכ"ל. ואם כן טענת אמנה דאין הלוה יכול להשביע למלוה אין טוענ' ליורשים וכן אם חזר ולקחתי אף על גב דאם טען הוא נאמן אין טוענ' ליורשים כן והתוספו' בערכין פ' שום היתומים דכ"ב ע"ב בד"ה אמ' וכולי שכת' וז"ל דהתם מתחילה היתה שדה של אביו דיתום כי נמי איכא סהדי דאחזיק אין לנו לקבל עדותן זה וכולי דשמא שום תנאי היה לאביו עמו להחזיק שדה שלו וכולי עיין שם נר' דה"ד ליתום קטן דאפילו טענה דלא שכיחא טעני' ליה וכה"ג כת' התוספ' בכתובות דף ל"ב בד"ה ראובן וכו' וזה לשונ' ותימא והואיל ולא זקפו ליכא למיחש לגררי אם כן למאן דמפרש טעמא בערכין בפרק שום היתומי' דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים משום גררי משכחת לה דנזקקין כמו ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ולא זקפו עליו במלוה ומת ושלם שמעון המעות ליתומים ואחר כך נמצאת שאינה שלו הרי עכשיו חוזר על היתומים ונזקקין הואיל ולא חיישינן לגררי ואמר לי רבי נסי דביתומים גדולים לא הוה חיישינן לגררי כה"ג ביתומים קטנים חיישי' עפי עד כאן לשונו הרי דאפילו במקום דלא חייבי' לגררי ביתומים גדולים חיישינן עפי ביתומים קטנים והכא נמי אף על גב דלא טעני' תנאי ליתומים גדולים דלא שכיחא מכל מקום ביתומים קטנים חיישינן עפי מיהו בלא"ה לדעת האחרוני' שכתבתי בסימן כ"ח דלא אמרי' מגו בדב' שהוא מחלוקת נראה דהכא נמי אינו נאמן לומ' תנאי היה או אמנה במגו דחזרתי ולקחתי עיין שם ומכל מקום בנ"ד הבן בנכסי האם דינו כבן בנכסי האב דאין לו חזקה כמבואר בסימן קמ"ט עיין שם וגדון הרשב"א ח"ב סימן של"א באח עם אחיו דיש לו חזקה משום דדין האח אינו כדין הבן עם האב לעולם הא"כ הם שמוכים זה על זה כמבוא' בתבו' הרשב"א סימן תתק"ן עיין שם:

סימן קמ"א

א' דין ח' אם בנה אדם חורבתו של חבירו וכולי עיין במהרשד"ס סימן רכ"ד דהבונה בית בחצר השותפין ושתקו הוי חזקה לאלתר ומהרח"ש סימן כ"ז השיגו מדין זה עיין שם ונ"ל דלק"מ דדוקא בונה חורבתו של חבירו לא הוי חזקה אבל בונה בית באויר החצר ודאי דהוי חזקה דאפילו העמיד מחילה הוי חזקה לאלתר דגם השותף מקפיד על המחילה וכ"ש בונה בית:

סימן קמ"ד

א' דין ג' וירשה הבן וכולי נסתפק הרב חסדי דוד בפי' לתוספתא בפ"ב דבתרא אם אין בן וירשו אח' מקרובי' וכולי ומסתב' דה"ד בן כמ"ש רשב"ס שהכל יודעים שדרך הבן לירש את האב אבל אין הכל יודעים בקרובי' וכן משמע מדקתני ברייתא בן ולא קתני יורש ל' כולל דהוי רבותא טפי ש"מ דבן דוקא ורשב"ס אף על גב דכת' יורש כרעא דאבוה ולא קאמ' בן מכל מקום מדכתב כרעא דאבוה מוכח כן אבל לא מצאתי גילוי בדברי הפוסקים עיין שם ולי פשוט דאין חי' בין שאר יורשי' לבן והרי הטור ומרן בסס"י שכ"ג וסי' שכ"ז כ' ואין נק' שני רשות אלא במוכ' או נותן אבל אם מת והורישו לבניו לא דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי עיין שם משמע אם הורישו אפילו לקרוביו יורש לאו כרשות לוקח ומ"ש והורישו לבניו וכ' הסמ"ע דברא כרעא דאבוה לאו דוקא הוא דדוקא מכר או נתן קאמרי' דרשות לוקח הוי שני רשות וכן בסימן קי"א ס"ך כ' אף על גב דלא כת' דאקנ' אם קנה והוריש גובה וכתב הסמ"ע דרשות יורש כרשות לוה דברא כרעא דאבוה עיין שם משמע דכל יורש גובה ממנו דהוי כרשות הלוה עצמו וכ"כ בהדיא מדברי בעל התרומות שער מ"ג חלק ד' סימן ג' דהוי כדין מלוה על פה דגובה מן היורשים ע"ש ומ"ש דברא כרעא דאבוה לאו דוקא הוא וכן גבי למכור בנכסי אביו קיימא לן בסימן רל"ה דאין חילוק בין נכסי אביו לשא' מוריסיו ולאו דוקא בנכסי אביו עיין שם ואם כן הכא נמי ברייתא דקתני בן לאו דוקא אלא ה"ה שאר יורש מיהו נראה דה"ד אם מת האב דהוי יורשו ממילא וכ"כ רשב"ס אכלה האב שנה ומת ואכלה בנו וכולי אבל אם

הורישה

הורישה בחייו לבנו הוי כמכר ומתנה וכה"ג כתב הטור בסימן ק"ג דיורשו דממילא יורש במקום מוריש הוא אבל הורישה בחייו הוי כמכר ומתנה :

סימן קמ"ה

א' דין ג' ומיהו פירות של שנה ג' אין צריך להחזיר וכולי כתב הרמ"ה בפח"ה סימן כ"ה וז"ל ודוקא פירי דתרתי שנים דאיכא סהדי דמסהדי עלייהו אבל פירי דאכל בשנה ג' לא הדרי דמגו דאי בעי אמר לא אכלי כי אמר אכלי ודידי אכלי מהימן וכולי ובשבועת היסת וה"מ דלא אתברר מגו טענתיה דתובע ונתבע שיעור פירי דאכל בשנה ג' דלא מסהדי בה סהדי אי אית בה סהדי שנה וכולי מחייב שבועה דאורייתא מכח קמייתא דאר"ח מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים אותו שיש לו חמשים זוז ישלם חמשים וישבע על השאר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים וכו' עיין שם :

סימן קמ"ו

א' דין א' מחאה מבטלת החזקה וכו' ראובן שהוציא מזין על גגו של שמעון ובנה עליה ומת ראובן והניח יורשים קטנים וערער שמעון כיון שאם היה קיים נאמן בשבועה ששמעון נתן לו רשות להוציא מזין ההם על גגו טוענים כן ליורשיו דהבא מחמת ירושה אין צריך טענה אפילו הוא גדול וכל שכן ביתומים קטנים דאפילו היו לשמעון עדי מחאה שמעידים על מחאה גמורה אין מקבלין עדותן דקיימא לן אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וקנין כשלא בפניו דמי הרמ"ה בתשו' סימן רע"ה עיין שם :

ב' דין ב' דמתוך שיכול לומר לא מחית בי וכולי כתב מהרימ"ט סימן ס"ג דנראה דטעם הרמב"ן לאו משום מגו אלא כיון שלא היה בו שם עדים מסתמא לא נתכוון להביאו אחר כך לב"ד ע"י מחאה זו דאם כן היה מעיד עליו עדים להביאם אחר כך לב"ד וכסבור משטה היה בו דומיא דאמרינן התם הודאה בפני שנים ואם לא היו בם עדים לאו הודאה היא עיין שם וא"כ כן דז"ל הרמב"ן חזרתי והכרעתי במחאה שאינה כלום מתוך שנאמן לומר לא מחיתי בי נאמן לומר לקוחה היא בידי וכולי ואם תשיבני נסבא דר' אבא הכא קרקע' הוא ועד אחד בקרק' אינו כלום אבל אם טענתו בפירות אין לומר בהם מגו זה ואעפ"כ הדעת נוטה שאין מחאתו מחאה עד כאן לשונו משמע דלא הכריע דאין מחאתו מחאה אלא בקרק' דוקא משום מגו ולא בפירות דליכא מגו דעד אחד מחייבו שבו' והוי דומיא דנסבא דר' אבא אלא שדעתו נוטה שאפילו בפירות אין מחאתו מחאה מטעם אחר שכתב שם שסבור שלא יתבענו בדין מאחר שלא אמר בפני עדים כן עיין שם וכה"ג כת' התוס' דף ל' בד"ה לאו וכולי וזה ל' שהיה המוכר נאמן לומר זבינתא מינך במגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם ואף על גב דהאי לוקח ידע שהיתה שלו והוא בחד שהדא מכל מקום הוי מגו כדמשמע לקמן גבי נסבא דר' אבא אי לא הוי מחייב שבועה ואינו יכול לישבע היה נאמן לומר דידי חטפי במגו דאי בעי אמר לא חטפי והיה מכחיש את העד והכא לא הוי מחוייב שבועה דאין נשבעין על הקרקעות וכולי עד כאן לשונו הרי דנאמן לומר לקוח בידי במגו דיכול לומר טענה אחרת אף על פי שהיה מכחיש את העד משום דאין נשבעין על הקרקעות והר' כנסת הגדולה בדיני מגו אות קל"ג הק' על הרמב"ן נהי דאין נשבעין על הקרקעות מדאורייתא מדרבנן נשבעין ותי' דאין נשבעין על הקרקעות אפילו היסת עיין שם וליתא שהרי התוס' הכא כ' כדברי הרמב"ן דאמרי' מגו אפי' היה מכחיש את העד מה"ט דאין נשבעין על הקרקעות ובד' ל"ג בד"ה מגו וכו' כ' דנהי דאין נשבעין על הקרקעו' מדאוריי' אבל מדרבנן נשבעי' עיין שם גם הרמב"ן שם כת' וז"ל ואיכא דק"ל כי אמר לקוחה היא בידי מחייב שבו' היסת דשבו' דרבנן נשבעין על הקרקעות כדאמרי' בכתובות גבי הפוגמת כתובתה וכדכ' הגאונים ול"ק דהא אין היתומים טוענין' אותו כברי וכולי ואיכא מ"ד אפילו טענו נמי ברי פטור דכיון דאכלה שני חזקה כמאן דנקט שטרא בידיה ובתשו' להגאון שדרו ממתיבתא לכך נקראת חזקה שהיא כשמה ולא מחייב שבוע' וכן דעת ה' שמואל עד כאן לשונו משמע דסבירא ליה דנשבעין על הקרקעו' מדרבנן ודוקא אם החזיק אין צריך שבו' וה"ד כשהחזיק בודאי דכמאן דנקט שטרא בידו דלקוחה היא אבל הכא בטענה דלא מחית בי אין צריך לישב' שבועת היסת כיון שהלה מכחישו ואומר שמיחה בו ולא החזיק וכן הטור בסימן זה הביא דברי הרמב"ן ובסימן ל"ה כת' דנשבעין על הקרקעות שבו' דרבנן עיין שם אלא לק"מ כיון דליכא אלא שבו' דרבנן הא קי"ל דלא אמרינן מתוך שאינו יכו' ליש' משלם אלא בשבו' דאורייתא וכן כתב הסמ"ע עיין שם וכה"ג כתב מהרשד"ם סימן רכ"א וזה ל' אבל בנ"ד דליכא עדים איכא מגו דאי בעי ראובן אמר לא מכרתי והיה נאמן והשתא דאמר מכרתי ותנאי זה היה בינינו נאמן וא"ת הרי צריך ליש' להכחיש את העד ואינו יכול שהרי הודה במכירה ואם כן הו"ל נסבא דר' אבא תי' נראה דודאי לא אמרינן אלא היכא דאיכא שבו' דאורייתא' אבל הא דנ"ד וכולי אבל קרק' אין נשבעין על הקרקעו' ואינה אלא שבו' דרבנן ובשבו' דרבנן לא אמרינן מתוך שאין יכול לישבע משלם וכולי ע"ש וכן מצאתי להרשב"א בתשו' חלק שני סימן ק"י באחד שאמר על התנאי איני יודע ויש עד אחד וז"ל גם מ"ש שילחק מחוייב שבועה ואינו יכול ליש' לא זכר שאין נשבעין על הקרקעות ואף על פי שנשבעין עליהם שבו' היסת כל שאינו יכול ליש' אינו נפסד וכמ"ש בפ"ה דמליעא ההוא רעיא וכולי עיין שם ועיין בס' נתיבות משפט דפ"ז ע"ג וכבר ה' קהלת יעקב דל"ט סימן רל"ו הביא תשו' הרשב"א והקשה על מהרשד"ם סימן רל"ב שכ' במי שסתר את כותל חבירו ואינו יודע כמה סתר דמתוך שאינו יכול לישבע משלם דהא שבוע' בטענת קרקעות אינו אלא מדרבנן עיין שם ונראה דאם תבעו לשלם לו מה שהזיקו הוי כמטלטלי' כמבואר בסימן ל"ה עיין שם בהש"ך :

ג' דין ד' ולעהיד אני תובעו בדין כן כ' הטו' בשם ר"ת והרמב"ם וכן כת' הרמ"ה בפ' ח"ה סימן ל"ה ובתשו' סימן רע"ה ובסימן רע"א כת' וזה ל' ואף על פי שלא פי' במחאתו ולמחר תבעו לבא בדינא כיון שהודיע לעדים שאינה בידו אלא בתורת משכונה וכ' להם שהוא מודיע בכך כדי שלא יחזיק אין לך מחאה גדולה מזאת וכולי עיין שם ועיין בב"י :

ד' דין ה' מחאה בפני ב' וכולי הרשב"א בתשו' חלק שני סימן ל' כתב דמחאה בפני א' אינה כלו' ואפי' מחאה בפני ג' זה שלא בפני זה עש"ב ועיין בב"י ושאר אחרונים :

ה' דין

ה׳ דין ז׳ אם מחמת טענה הא׳ וכו׳ כתב הטור בשם הרמ"ה דדוקא כשמוכח מתוך השניה שמבטל הא׳ כגון שטען בשניה שמעיקרא כשירד המחזיק בתוכה ירד בה בטענה שטוען עתה אבל אם אינו מוכיח שמבטל הא׳ וכולי אפילו מחז׳ מעיקרא בתורת גזלנותא ובתר הכי מחי בתורת אריסות או משכנת׳ מחאתו מחאה ולא אמרי עד השתא חשדת ליה בגזלנותא והשתא מחית ליה באריסות ע"כ וכ׳ הפרישה והב"ח אף על גב דבסי׳ קל"ח אמרינן אם טען השכרתיה אינו נאמן מטעם דעד השתא חשדת ליה בגזלנותא וכולי שאני מטלטלין דיכול לכפור בו לא היו הדברים מעולם משא"כ קרקע ע"ש וכן אי׳ בהדיא הרמ"ה בפרק ח"ה סימן ק"ג עיין שם וכן כתב בספ׳ א"ז לבתרא שם בשם שטה ומסתברא לי דדוקא כשאמר במחאה ב׳ למשכונה או לפירות הורדתיו מתחלת ירידתו בה דסתר מחאה ראשונה :

ו׳ דין ט׳ כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה נסתפק הרב בית דוד סימן מ"ו אפשר דה"ד עם בעל החלר שהוא טוען ברי שלא מחל לו ולא עם הלוקח שאינו יכול לטעון ברי שלא מחל המוכר דלא אמרינן דאינה חזקה אלא כשטוען הוא דלא מחלתי אבל אם אינו טוען אנן לא טעני׳ ליה וא"ל כיון שהמוכ׳ יכול לטעון לא מחלתי טעני׳ ללוקח דהא כ׳ מהרשד"ם סימן רס"א דלא טעני׳ ליורש וללוקח אלא להעמידו בשלו וכו׳ והביא ראיה דהלוקח יורש כח המוכר שהיה יכול למחות מדברי הטור א"ה סימן ב׳ עיין שם באורך והוא דבר"פ אלמנה לכהן גדול דאמרי׳ גבי המכנסת שום לבעלהד הבעל מוציא מיד הלקוחות פירש"י דאפילו מתה מוציא הוא מיד הלקוחות וכולי וכת׳ התוס׳ והרא"ש משמע דכל זמן שהאשה קיימת אין הבעל יכול להוציא כשמכר הוא עצמו אלא כשמתה האשה דאז יורש כחה שהיא היתה יכולה למחות מחיים ותימא וכולי ועוד אפילו אם האשה תיכל להוציא מחיים נראה דאין הבעל יכול להוציא אחר מיתה ולא אמרי׳ במקום אשתו קאי כיון שמכר בעצמו וכולי עיין שם הרי דרש"י סבירא ליה דהבעל יורש כח אשתו ויכול לבטל אפילו מה שמכ׳ הוא והתוספות והרא"ש לא חלקו עליו אלא משום דהוא דמכר כדאמרינן בפרק מי שהיה נשוי דאחריות דידיה מי לא קבל עליה אבל בעלמא יורש כח מורישו מה שיכול לעשות וה"כ הלוקח לקח זכות המוכר שהיה יכול למחות וכ"כ מהרימ"ט סימן מ׳ עיין שם וה׳ בית יהודה חח"מ סי׳ כ"ה כ׳ דאם לא ערערה האשה נראה דגם הזרע אינו יכול לערער לסברא א׳ דאין הבעל יכול לערער וכולי עיי"ש ולא דק דדוקא אינו יכול לערער משום דהוא מכר ואחריות דידיה מי לא קבל אבל הבן יורש כח אמו מיהו ק׳ שהרי כת׳ מרן הב"י א"ה סימן ל׳ גבי טענת נחת רוח דנראה מדברי הרמב"ם דכל שלא חזרה מכירתה קיימת וכ"מ דאם מתה ולא ערערה לא טעני׳ ליורשים וכן כתב מהריק"ש בתשו׳ בס׳ אהלי יעקב סי׳ ז׳ עיין שם ואמאי לא אמרי יורש כחה כדהכא מיהו גבי מבריח נכסיו כת׳ המרדכי והרשב"א בתשוב׳ הובא בב"י סימן ל"ע דכל שלא חז׳ בו הנותן זכה מקבל מתנה וכת׳ מהרא"ח ח"ב סי׳ ב׳ וז"ל ואיברא דיש להבין בדברי המרדכי דגמר׳ פריך התם ואי לא קנינהו לוקח ליקני בעל ומשני עשאום כנכסי׳ שאינם ידועים לבעל והשתא אי מיירי בדלא הדרא המברחת מאי פריך ואי לא קנינהו לוקח ליקני בעל הא כל דלא הדרא קנינהו לוקח וכולי וצ"ל שדעת המרדכי דכל שלא הדרא המברחת זכה המקבל מתנה ואם מתה ולא הדרא אין יורשיה נכנסים תחתיה לחזור מהמתנה דכיון שלא חזרה בחייה זכה מקבל מתנה מיהו היינו דוקא בנותן מתנה בעלמא דכל שלא חזר בו הנותן לא דייני׳ ליה מסתמא דחוזר ולפיכך זכה המקבל מתנה אבל לגבי אשה המברחת אף על גב דלא חזרה מ"מ בעלה שלא נתן הוא המתנה חוז׳ בו וכיון דכל עוד שהאשה בחיים יכולה לחזו׳ בה ולבטל המתנה בעלה שזוכה בנכסים נכנס במקומה לחזו׳ בו ולבטל המתנה ול"ד למתה ולא חזרה בה שאין יורשיה זוכים במקומה לבטל המתנ׳ שכיון שמתה ולא חזרה זכה מקבל ממתנה לגמרי אבל הכא בעודה בחיים נכנס הבעל במקומה בכל נכסיה וכו׳ עיין שם באורך ואם כן נראה דרש"י והתוספו׳ והרא"ש לא אמרו אלא גבי בעל דיורש כח אשתו מה שהיא היתה יכולה למחות ולבטל ולא בשאר יורשים וגבי טענת נח"ר אם מתה ולא ערערה מכירתה ומחילתה קיימת ואין היורשי׳ יכולים לערע׳ ומהרש"ג בתשוב׳ בספ׳ פרח מטה אהרן סימן ט׳ הק׳ אמאי לא טעני׳ ליורשים טענת נח"ר דכל מה שיכול לטעון המוריש טענינן ליורש עיין שם ונראה דס"ל דלא טעני׳ ליורשי׳ אלא להחזיק במה שבידם ולא להוציא. כמ"ש מהרשד"ם וכן מלאתי למהר"ס בתשו׳ המיי׳ דשייכי לה׳ אישות סימן ה׳ ומהר"י ן׳ מיגש בתשו׳ סי׳ תכ"ז והרשב"א בתשו׳ חלק שני סימן מ׳ עיין שם ולכך לא טעני׳ ליורשים טענת נח"ר להוציא מיד הלוקח אך ק׳ מההיא דמכנסת שום לבעלה דהבעל יורש כח אשתו שהיתה יכולה לעשות והר׳ פמ"א סימן תכ"א תי׳ לקו׳ מהרש"ג על מרן דדוקא בדבר התלוי בטענה לבד טעני׳ ליורשי׳ אבל בדבר שצריך מעשה כדי שיזכה באותן הנכסים וכו׳ הכא שתחזו׳ ולא חזרה לא טעני׳ ליורשים עי"ש ונראה דהיינו דוקא התם לא טעני׳ ליורשי דכל שלא חזרה וביטל מעשה המכירה אבל התם שהיא יכולה למחות במכירת הבעל יורשים כחה דאינה חזרה ואם כן הכא כמי בהמוכ׳ יכול למחות זכה הלוקח בכחו מיהו בלא"ה נראה דכל חזקה שאין עמה טענה הוי בחזקת בעליה כמבוא׳ בסי׳ קמ"ו עיין שם אלא דטוענים ליורשים של המחזיק או ללוקח מה שהיה המחזיק יכול לטעון שלקחו ממנו אבל אם המחזיק בפניו ולא טען קרק׳ בחזק׳ בעליה עומדת וטוענים ליורש וללוקח מבעלים הא׳ שלא מחל דהוי להחזיק וכה"ג כת׳ התוס׳ בבתרא דל"ב בד"ה אמאי וכולי מגו להוציא לא אמרינן אף על גב שהוא מוחזק בקרק׳ מה"ט דקרק׳ בחזקת בעליה עומדת ואף ע"ג דה"ד לרב יוסף אבל לרבה דקיי"ל כוותיה נאמן במגו ה"ד התם משום דזכה בקרק׳ בטענה א׳ אבל אם לא טען כלל אינו נאמן בטענה אחרת במגו דהוי להוציא כדמוכח מדברי הרא"ש שם וכן כתב הר׳ יונה והרשב"א הובא בספר א"ז שם ומשמע דאין חי׳ בין החזיק ג׳ שנים ללא החזיק והכא נמי הוי בחזק׳ בעליה שטועני׳ ליורש וללוקח ממנו דהוי להחזיק :

ז׳ כל חזקה שאין עמה טענה וכולי וצריך ליתן לו השכירות ולא אמרינן דכיון שלא תבעו השכירו׳ עד עתה מחלו מהרא"ד בס׳ לחם רב סי׳ ק"ס ע"ש :

ח׳ כל חזקה שאין עמה טענה וכולי כתב מהרימ"ט חלק א׳ סימן נ"א דאפילו הלוקח א׳ לפניו וטענו חזקה שאין עמה טענה אין שומעין לו וכ"כ הר׳ מעשה חייא סימן יו"ד גבי לוקח מסקריקון שמכר לאחר דאפילו לקח א׳ לפניו ומודה שלא קנה אלא מהסקריקון אינו נאמן להפסיד ללוקח ב׳ והביא דברי הרא"ש בתשו׳ כלל נ"ט עיין שם והביאו הרב כנה"ג בסימן רל"ו ע"ש וכה"ג כתב הרא"ש בפ׳ חזקת הבתים סי׳ ח׳ וז"ל אין לך מחאה

מחאה גדולה מזו מה שמכר לאחר קודם שנגמרה חזקתו וכו' שאפילו אם יודה שהיתה מחאתו שלא כדין והשדה של המחזיק אין בדבריו כלום לחוב ללוקח כדתני' בתוספתא הלוקח מן הלוקח אף על פי שאמר גזולה היתה בידי לא כל הימנו להפסיד זכותו של זה עד כאן לשונו וה' בני אהרן סימן א' הביא ראיה מדכ' בעה"ת שער מ"ה והטור ומרן סס"י ס"ז המוכר שטר חוב לחבירו אם כבר עברה עליו שמיטה כשמכרו טוענים ללוקח שהמוכר הי"ל פרוזבול ואבד ואם הודה המוכר שלא הי"ל פרוזביל אם אין לו נכסי' אינו נאמן אלמא אפי' המוכר מודה טועני' ללוקח ומהר"ש קלעי סי' ב' תמה עליו שלא הביא ראיה מהאומר שטר אמנה דאינו נאמן וה' בסי' ג' הודה לו ונדחק ע"ש וכבר כתבתי בסי' ס"ב דלק"מ דהתם שאני דאין צריך טענה לגבות בשטר והרי הוא בחזקתו אבל גבי חזקה דאינו זוכה בה אלא ע"י טענה אע"ג דטוענים ללוקח אפ"ל דדוקא בשאין המוכ' לפנינו דטוענים ללוקח מה שהיה טוען המוכר אבל כשהוא לפנינו וטוען חזקה שאין עמה טענה אין טוענים ללוקח כיון שהוא בא מכח המוכר והמוכר עצמו אין לו טענה לכך צריכים לדברי בעל התרומות דאף על גב דצריך טענה לזכות בשטר טוענים ללוקח פרוזבול הי"ל למוכר אפילו המוכר אומר דלא הי"ל פרוזבול וכן מצאתי למהריב"ל חלק שני סימן ע"ה שכתב על ראובן ושמעון שהיו שכנים ודרים בבתים של תוגר אח' מהם היה פורע שכירות בתים שלו לתוג' ואחר ימים כתב ראובן לשמעון שטר דמעולם לא הי"ל חזקה באותם הבתים רק שמעון לקח כל הבתים מהתוגר והחזקה היא שלו ואחר ימים מת ראובן ובאה אשתו לגבות כתובתה מהחזקה הדין עמה דכיון דהוחזקה זאת חזקה של ראובן אין הודאתו כלום דחיישינן לקנוני' כמו באומ' שטר אמנה וכו' אבל במאי דאמרינן דטפי מג' שנים לא מזדהר איניש בשטריה והוחזק ראובן בקרקע א' ג' שנים וכתב בשטר שאותה אינו של בעליו הא' ודאי דנאמן להפקיע שעבוד כתובה משום דכל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה וצריך לטעון אתה מכרתו לי או נתתו לי במתנה וזה אינו טוען שמכרו לו אדרב' מודה שאינה שלו עיין שם באורך הרי דס"ל דיכול להפקיע שעבוד כתוב' משום דצריך לטעון אתה מכרתו לי וזה אינו טוען ואפי' לא הודה אם טען חזקה שאין עמה טענה אינה כלום ול"ד לשטר אמנה דבחזקתו היא כמ"ש מיהו אפשר דלא אמר מהריב"ל אלא לגבי כתובת אשה שהיא ב"ח וכתב הרא"ש בתשו' כלל נ"ע סי' ז' דדוקא ליורש טעני' דהוא כרעא דאבוה ומוחז' בנכסים אבל ב"ח קיימא לן כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה והוא בא להוציא ואינו יכול להוציא אלא בטענה ברורה ודאית ולא טענינן ליה עיי"ש והכא נמי בכתובת אשה שהיא ב"ח אין טוענים אבל ללוקח דטוענים לו אפילו לוקח א' שמכרה לו לא טען ומודה שאינה שלו אינו נאמן מיהו הרא"ש בסוף כלל נ"ח כת' דכמו שטוענים ליורש וללוקח כך טוענים לב"ח שנשתעבדו לו הנכסי' וכתב ה' לחם רב סימן קכ"ח דהתם משום דכיון דקי"ל דטועני' ליורש ויזכה בקרקע ואחר שהעתקנו הבתים והעמדנום בחזקת היורש אזי בעל חוב גובה מהם ובכלל נ"ט שכתב דאין טוענים לבעל חוב היינו משום שב"ח בא לגבות מכח חזקתו והוא הודה בחייו שאינו שלו ואינו בחזקת היורשים עיין שם ואם כן ה"נ זה שהחזיק ג' שנים ומת כיון דטוענים ליורשים וזוכה בקרק' גובה ב"ח והאשה ממנה ודוקא אם הודה בחייו או טו' חזקה שאין עמה טענה אין ב"ח והאשה גובה ומ"ש הרא"ש דדוקא ליורש טעני' וכו' ולא לב"ח דמכאן ולהבא הוא גובה אף על גב דהודה כיון לא מהניא הודאתו לגבי בעל חוב ס"ד דטוענים לו כמו שטוענים ליורש כשלא הודה לזה כ' דדוקא ליורש טענינן כשלא הודה אביהם בחייו ונמצא גובה הב"ח מכח היורש אבל אין טוענים לבעל חוב מכחו לגבות אפילו הודה אבל ה' משאת בנימין תירץ דמ"ש דטוענים לבעל חוב לפי שירד לנכסי הלוה שהוא דר שם והביאו הרב כנסת הגדולה בסי' זה אות עיין שם ואם כן נראה דהכא נמי אפילו לא הודה בחייו דטוענים ליורשים אין טוענים לב"ח ולאשה ואין יכולים להוציא מאחר אלא בחזקה ברורה וזה נר' דעת מהריב"ל וכן הסכים ה' פרח מטה אהרן חלק א' סי' ס"ט לתי' הרב משאת בנימין עיין שם ושוב ראיתי לה' פמ"א חלק ראשון סימן ע"ה שכ"כ דההיא דשטר אמנה שאני דהשטר ראוי לגבות בו אבל הכא דלא מהניא חזקה אלא על ידי טענה נאמן והביא מ"ש רש"ל בתשו' הביאו הרב כנסת הגדולה בסימן ק"מ הגב"י אות ו' הודה המחזיק קודם מיתתו שאין לו חזקה באותו מקום כיון דבלא טענה אין המקום חשוב כשלו נאמן ואין אשה וב"ח גובים מאותו מקום והביא גם כן תשו' מהריב"ל שכתבתי אלא שהק' מתשו' מהריב"ל בסימן ע' על קרק' שהחזיק בו שמעון שני חזקה ואחר כך מכרו לראובן שאין שמעון נאמן בהודאתו דחב לראובן וה' פני משה חלק א' סימן ס"ג כ' דחזר בו מהריב"ל בסימן ע"ה והביא לו ראיה ממ"ש הרמב"ם ומרן סימן רמ"ה ס"ז מקבל מתנה שבא ב"ח לגבות ממנו ואמר אינה מתנה בידי אלא שומר אני עליה או שאמר בטילה היא מתחילתה נשבע היסת ותחזור לבעליה ע"ש אבל ה' פמ"א שם תי' דדוקא בלוקח שמכרו ללוקח ב' ועשו מעשה איכא אומדנא דהקרק' שלו ולא גזלו דודאי אין אדם מוכר דבר שאינו שלו אבל המחזיק לגבי ב"ח דלא עשה מעשה אלא שהיה דר בו לפי שלא ערער עליו אדם ליכא אומדנא ונאמן לחוב לב"ח עיין שם וגר' דהכא נמי המוכר שט"ח לחבירו שעברה עליו שמיטה דטוענים ללוקח שהמוכ' היה ליה פרוזבול ואבד ואפילו הודה המוכ' שלא הי"ל פרוזבול אינו נאמן מה"ט דכיון שמכרו ודאי אין אדם מוכר דבר שאינו שלו שאין לו בו זכות וכה"ג כתב הראב"ד בתשו' שהביאה בעל התרומות ש"ח חלק שני במוכר שטר חוב לחבירו ואמר שהוא פרוע דאינו נאמן דאם הוא פרוע הי"ל לקרוע השט' או לכתוב שובר וכל שכן דמשוי נפשיה רשע וגנב עיין שם מיהו יש לדחות דהתם שאני משום דאיכא חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא ומה"ט טועני' לו ואין צריך ליישב' והרשב"א בתשו' חלק שני סימן ר"ח כתב וזה לשונו שאלת הרי אמרן נאמן אדם לומר פרוזבול הי"ל ואבד וכו' מסתברא לן דדוקא למגבי מבעל חוב אבל ממשעבדי לא תשוב' אנן לא מסתב' לן דהא טעמא משום דלא שביק היתרא ואכיל איסורא הוא ובודאי משוינן לה וכו' ומש"ה פותחין לו והילכך אפי' למיגבי ממשעבדי נמי דאי לא אפילו מבעל חוב דהא ודאי מלוה זו עברה עליה שביעית וכו' איך אנו מוציאין מיד זה מספק ואפילו מבעל חוב עכ"ל הרי דהא דמוציאין מידו ומלקוחות מכח חזקה וא"כ א"ל דמה"ט אפילו המוכ' מודה שלא הי"ל פרוזבול אין הודאתו כלום מכח חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא:

וראיתי למהריב"ל ח"ד סימן י"ז שכתב נרא' לכאו' דאין חוששין לקנוניא אלא דוקא כשיש הוכחה גמו' אבל להחזיק ביד המחזיק חיישינן לקנוניא אפי' ליכא הוכחה לקנוני' והאומ' שט' אמנה וכו' דחיישי' לקנוניא דאע"ג דליכא

דליכא הוכחה נראה הטעם משום דאיכא שטרא ולא כ"כ לאורועי' שטרא ולו' שהוא שטר אמנ' כיון שהוא חב לאחרי' וא"ל דהתם עדיף ממוחזק דכיון שהוא חב לאחרים הו"ל כאלו זה הממון אינו שלו ואינו נאמן לחוב לאחרים לאורועי שטרא וכולי עיין שם ואפשר דלכך האומר שטר אמנה אינו נאמן משום דטענת אמנה מרע לשטרא ומהאי טעמא אפילו שבועה א"ן על טענה זו ודוקא כשטוען פרעתי שהודה בשטר ולפירעון הוא עומד משביע אותו כמ"ש הטור בסימן פ"ב עיין שם והכא נמי חיישינן לקנוניא מהאי טעמא אבל גבי חזקה שאין עמה טענה לא חיישי' לקנוניא כיון דליכא הוכחה אבל המוכר שטר חוב לחבירו ועברה עליו שמיטה דטוענים ללוקח שהמוכר היה לו פרוזבו' וטענת המוכ' שלא הי"ל פרוזבול לא מרע לשטרא ואדרבא הוא להחזיק השטר אלמא שמעינן דחיישין לקנוניא אפילו ליכא ריעותא וה"ה גבי חזקה שאין עמה טענה חיישינן לקנוניא אף על גב דליכא ריעותא ומהרש"ג בס' משפטים ישרים סימן ל"ז הביא ראיה ממ"ש הרמב"ם והטור ומרן סי' ע"א מלוה שהאמין ללוה שיהא נאמן על השט' שיהא פרוע מועיל וכולי ואין המלוה יכול לגבות בשטר זה מן היורשים ולא מן הלקוחות אפילו אמר הלוה לא פרעתי אין המלוה טורף בשטר זה מהלקוחות דחיישינן לקנוניא וכולי והכא נמי חיישינן לקנוניא עיין שם וגם הוא לא הביא ראיה מהאומ' שטר אמנה וכו' כמ"ש משום דהתם שאני דאין צריך טענה לגבות בשטר אבל גבי חזקה דצריך טענה לזכות בה אפשר דאין טוענין ללוקח הבא מכח המוכר הפך מה שטען הוא לכך הביא משטר שהאמין המלוה ללוה דהלוה אינו יכול לפטור עצמו אלא בטענת פרעתי ואפ"ה טוענים ללוקח שמא פרע היפך מה שאמ' המוכר ועוד דטענת אמנה מרע לשטרא אבל טענת פרעתי היא להחזיק השט' ואפ"ה טוענים ללוקח מיהו מהרשד"ם בסימן רכ"ח כתב דלא חיישינן לקנוניא אלא כי איכא ריעותא והתם שנתן ללוה נאמנות איתרע דאין דרך להאמין המלוה ללוה וכן כתב הרב שפתי כהן בסימן ע"א ס"ק מ"ח ע"ש וא"כ דוקא התם חיישי' לקנוניא דאיכא ריעותא :

ט' הביא עדים תחזור לו השדה וכולי הטור כתב דנשב' ונוטל וכולי וכת' הב"ח שכן משמ' מל' המשנה כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה חזקה הוא דאינה להחזיקה בידו מיהו שבו' ודאי חייב דאל"ה הו"ל למימר אינה כלום וכו' וה' שער אפרים סי' קכ"ו תמה דהא שבועת היסת לא נתקנה בימי המשנה אלא רב נחמן עיין שם ולא דק דנשבע ונוטל שבועת המשנה כמו שהוכיח הרי"ף והרא"ש בפ' שבועת הדיינים מדאמרי' בפרק הכותב הפוגמת כתובתה ועד אחד מעידה שהיא פרועה שנשבעת היינו מדרבנן דאין נשבעי' מדאורייתא על כפירת שעבוד קרקעות וכמבואר בב"י ובדברי הב"ח והסמ"ע סימן נ"ה סק"ז עיין שם ומכל מקום גם שבו' המשנה ליטול דוקא בטענת ברי אלא השנויים בפרק כל הנשבעין ואלו נשבעי' שלא בטענה השותפי' וכולי עיי"ש הטעם ומה שתי' ה' שער אפרים דכל שיש רגלים לדבר משבעי' אפי' בשמא כמ"ש מור"ם בסי' ע"ה סי"ג עיין שם ליתא דה"ד בשבוע' היסת אבל בשבוע' המשנה לא והרשב"א בתשוב' חלק שני סימן ס"ח כתב דהא דאין נשבעין היסת על שמא לא מליני בגמ' סמך אלא ההיא דראה סלע וכולי דמאותה ששנינו אלו נשבעין שלא בטענה אין ראיה אף ע"ג דמשמע אלו ולא אחרים התם בנשבעי' שבועת המשנה בנק"ח כעין שבו' התו' אבל היסת דתקין ר"נ לא שמענו משם וכולי עיין שם :

יו"ד עד שיטעון מעצמו וכולי מכרת לי או נתת לו במתנה ושטר הי"ל ואבד וכולי הטור וגר' דה"ה אם טוען מכרת לי בכסף או בק"ם וכ"כ הרמ"ה בפ' גט פשוט סימן ל"ה וזה לשונו ואפ"ה שמעי' מינה אפי' למאן דאמר אין אותיות נקנים במסירה דמאן דאכיל לה לארעא שני חזקה וטוען דמזבן זבנא אף על גב דלא נקיט בידיה שטרא ולא טעין נמי שטרא הו"ל ואירכס לא אמרינן כי מהניא חזקה היכא דאיכא למימר שטרא הו"ל ואירכס מטעמא עפי מג' שנים לא מזדהר איניש בשטריה אלא אף על גב דלא זבין מיניה בשטרא דכיון דטעין דזבנה בחד מאנפי הקנאה דמהני בזביני מהניא ליה חזקה דהא הכא דלמאן דאמר אין אותיות נקנות במסירה האי שטרא דנקיט מחזיק כמאן דליתיה דמי ואיהו נמי לא קטעין דזבין מניה בשטרא אחרינא ואפ"ה מהניא ליה חזקה עד כאן לשונו ונראה דמפ' הא דאמר רשב"ג נדון בחזקה היינו חזקת ג' שנים וכן למאי דמוקי התם פלוגתייהו אי עדי מסירה כרתי או עדי חתימה ורשב"ג סב' עדי חתימה כרתי וכיון דנגלה אח' מהם קרוב או פסול השטר כמאן דליתיה ואפ"ה מהניא ליה חזקת ג' שנים כמ"ש הרמ"ה שם סימן ל"ז עיין שם אבל רשב"ם שם כת' וז"ל רשב"ג וכולי והילכך צריך עדי חזקה דכיון דא"ל אידך לך חזק וקני ויש לו עדים שהחזיק בה קנה דקרקע נקנה בכסף או בשט' מכירה ומתנה או בחזקה וכולי משמע דמפ' דרשב"ג דאמר נדון בחזקה היינו קנין חזקה שיש לו עדים שנעל או גדר או פרץ ואם הוא שלא בפניו כגון שא"ל לך חזק וקני והחזיק בה :

ושו"ר להר"ן בספ' א"ז שם שכתב וזה לשונו וא"ת והא כיון שהשט' פסול אף חזקה נמי לא מהניא ליה דהא תניא בתוספתא בפרק ח"ה האוכל שדה מחמת אונו ונמצא אינו פסול אף חזקתו בטילה י"ל דבחזקת אכילת פירות שהיא לראייה ואינה קונה הה"נ אבל הכא בחזקת' נעל גדר ופרץ כל שהו עסיקי' שהם קוני' מגד עצמן וכן פי' רשב"ם מיהו בירושלמי משמע וכולי דוקא כגון שלא טען מתחילה אלא שיש לו שטר דכיון שנמצא פסולה הוא חוזר נדון בחזקה ולפיכך אינה טענה אבל אלו טען מתחילה שיש לו שטר וחזקה אף ע"פ שנמצא אונו בטלה אין חזקתו בטלה עד כאן לשונו וגר' דלכ"ע אם טען שקנה בחזקה או בכסף מהניא חזקה ג' שנים לראייה ורשב"ם שכתב דמיירי בקנין חזקה משום דס"ל דכיון דטען מתחילה שיש לו שטר וחזקה אם נמצא השט' בטל בטלה החזקה אבל הרמ"ה והר"ן ס"ל דה"ד אם לא טען מתחילה אלא שיש לו שטר אבל אם טען מתחילה שיש לו שטר וחזקה אפילו נמצא השטר פסול לא בטלה החזקה :

י"א דין יו"ד הבא מחמת ירושה וכו' כ' הרשב"א בתשו' הביאו מרן הב"י דצריך להביא ראיה שהוא יורש או לוקח הא לא"ה אין טוענין לו כן הסכימו הראשונים ונראים דבריהם שאם לא הביא ראיה שהוא יורש או לוקח מעמידים אותה ביד הא' שיש לו עדים ויכול לטעון לפירות הורדתיו וכולי וכתב ה' כנסת הגדולה הגב"י אות י"ד בשם מהר"ס מטראני כמו שצרי' ראיה שהוא יורש הכא נמי צריך ראיה שהיתה הקרקע של מורישו בשעה שמת דאפי' יש ראיה שהיה שלו בחייו אפ' שמכ' או נתן קודם שמת עיין שם וכן כתב הלח"מ בפי"ד מהל' טוען דין י"ד עיין שם ותשו' הרשב"א היא בחלק שני סימן רע"ג וכ' שם דאם החזיק בה ג' שני' מסתברא דאין צריך ראיה דחזקתו מוכחת עליו דחזקת

ג'

ג' שנים בקרק' כתפיסת מטלטלין היא ועוד דאיכא מגו דאי בעי אמר מינך זבינהא ואכלתיה שני חזקה כי אמ' יורש או לוקח אני נאמן ואף על גב דהוי מגו דהעזה אמרינן מגו עיין שם באורך :

י"ב הגה ודין לוקח וב"ח שיגבה קרקע כדין יורש וכולי כ' הרדב"ז ח"א סי' רל"ה בראובן שהי"ל אשה ובנים ממנה ונשא אשה אחרת ונתן לאשתו א' הזקנה כל מטלטלי הבית וחזקת הבית ומתה הזקנה ואח"ך מת בנה והניח אלמנה ולקחה האלמנה המטלטלין וחזקת הבית ואח"ך מת הזקן וז"ל ואם טענה האלמנה שבודאי נתגרשה הזקנה וזכתה בנכסי' ובעלה ירש אותם וכולי וחזק' הבית אם דר בה בעלה ג' שנים בחיי הזקן ה"ז חזקה שיש עמה טענה שנתגרשה הזקנה ולקחה חזק' הבית מכלל פירעון כתובתה וכו' וא"ת אפי' בלא טענה נמי כל שהחזיקה תהא נאמנת דהא קיי"ל הבא משום ירושה אין צריך טענה וכולי הא ל"ק דאשה אינה יורשת בעלה ואינה אלא ב"ח והרי היא אומרת בית זה לקחתם מבעלה בתורת פירעון והוא כלוקח דעלמא וצריכה טענה תדע דהא טעמא דיורש א"ך טענה משום דאנן טענינן ליורש מאי דהו"מ אבוהון טעין וכאן דמוריש ה"מ טוען לקוחה היא בידי ואנן טענינן ליורש אבל אשה זו אינה באה בתורת ירושה הילכך לא טעני' לה וכו' ע"ש ודבריו תמוהים דבבתרא דכ"ג אמר זאת אומרת טוענ' ללוקח וכו' ושם דמ"א אמר רבא כוותיה דר"ח מסתברא דקתני הבא משום ירושה א"ך טענה טענה הוא דלא בעי הא ראיה בעי וכולי ואבע"א שאני לוקח דלא שדי איניש זוזי בכדי ע"ש אלמא לוקח עדיף מיורש וכ"כ בעל העיטור דפ"ד עמוד שני והרשב"א בתשוב' חלק שני סימן רע"ג עיין שם ובעל העיטו' משמע דס"ל הכי כדעת ר' ברוך בהג"א שם שפסק כן וגם לדידן דלא קי"ל הכי כמבואר בסימן קמ"ו דאפילו לוקח אין צריך ראיה מכל מקום לא גרע מיורש ועיין בתשו' מרן בס' אבקת רוכל סי' ק"י ואפי' לב"ח כ' הרא"ש בתשו' סוף כלל נ"ח כמו שטועני' ליורש וללוקח כך טוענים לב"ח שנשתעבדו לו הנכסים ואף על גב דבכלל נ"ט כתב דלא טענינן לב"ח משום דמכאן ולהבא הוא גובה כבר תי' ה' משאת בנימין דבכלל נ"ח מיירי שכבר ירד המלוה לנכסי הלוה והחזיק בהם ואח"ך בא המערער וערער לכך טועני' לו ואין מוציאין ממנו אבל בכלל נ"ט מיירי שהב"ח והמערער באו שניהם כא' והביאו הרב כנסת הגדולה הגב"י אות ע"ו עיי"ש וה' לחם רב סימן קכ"ח תי' דבכלל נ"ח שכת' דטועני' לבעל חוב היינו משום דכיון דקיימא לן דטועני' ליורש וזוכה בקרק' והעמדנו אותו בחזקת היורש אז ב"ח גובה ממנו עיי"ש ואם כן בנדון הרדב"ז שהקרק' הוא בחזקת האשה לתי' ה' מ"ב טועני' לה ולתי' הראד"ב אין טוענים לה שהרי בעלה אינו ודאי יורש דאם לא נתגרשה אמו היה אביו יורשה ואם כן אין הבן נאמן אלא אם טען ודאי שנתגרשה אבל בית דין אין טוענים לו והכא נמי אין טוענים לאשה שבאה מכחו וכן לתי' ה' פרח מטה אהרן דלעולם אין טוענים לב"ח ובכלל נ"ח לא טענינן אלא משום האומדנות עיין שם ואפשר דהרדב"ז הכי ס"ל כתי' מהראד"ב וה' פמ"א מיהו כבר הסכים ה' פמ"א סימן ס"ט לתי' ה' משאת בנימין דאם בעל חוב מוחזק טוענים לו עיין שם :

י"ג ובלבד שיביא עדים שדר בה המוריש וכולי לכאור' נראה דהאי טעמא משום דטענה גרועה היא שקנאה המוריש אם לא דר בה ואין טוענין ליורש וללוקח טענה גרוע' והר"י בעליות והרא"ש בתוס' הובאו בספר א"ז לבתרא דף מ"ה כתב דהא דאמ' רב לר"ח וכי אין אדם עשוי ליקח ולימכור בלילה וכו' ס"ד דאמר מפרש זבינתא דזבנא מינך בשטר דמשמע שפיר דקמי דידי דזבנא מינך ולא האמינו ר"ח ע"י מגו משו' דהוי כמגו במקום עדים דא"א שקנאה שלא ידעו העול' ולא ראוהו דר בה וכו' ולהכי פריך דיכול להיות שאדם יקנה וימכור באותו לילה עצמה כשנותנים מעט ריוח ואח' כך הביא טעמא דר"ח משום דלא קאמר קמי דידי זבנא מנך דאם טען כן מתחילה נאמן במגו אבל השתא הוי מגו דמפרע עיין בס הרי דרב סלקא דעתיה דאפי' טען כן אינו נאמן במגו דהוי כמגו במקו' עדי' דא"א שקנאו ולא ידעו העולם ואם כן למסקנא נמי אף על גב דלא הוי מגו במקום עדים ואי טען כן נאמן במגו מכל מקו' טענה גרועה היא ואם טען הוא נאמן אבל אין טועני' כן ליורש וללוקח כמ"ש התוס' והרא"ש גבי טענת מזויף ונאנסו דלא שכיחי ואם טען הוא נאמן אבל אין טועני' כן ליורש וללוקח אבל הרמ"ה בפח"ה סי' קי"ח כ' דטעמ' דר"ח משום דהמערע' ודאי והמחזיק ספק ואין ס' מוצי' מידי ודאי דאין טוענים לו דלאו כלוקח דמי אלא כמאן דזבן מיניה מידי דידע דלאו דידיה הוא והוה ליה חזקה דידיה כחזק' שאין עמה טענ' אבל כשיש עדי' שדר בה מוכחא מילתא עיין שם באורך ואם כן נרא' דאפי' היא טענה טובה אינו נאמן דאין ספק מוציא מידי ודאי דלא חשי' לוקח דטועני' לו ועיין בס' באר מים חיים להרא"ת (עד כאן מצאתי) :

י"ד דין י"ב דדילמא מכר לו על ידי שליח וכולי משמע מל' הרמ"ה דאפי' איכא עדי' דלא היה כאן כלל יכול לטעון ולומר שזה היה במקום שהיה המערע' ששם קנאו מידו השמ"ע וזה ל' הרמ"ה בפח"ה סימן כ"ח ואפילו היכא דטען מינך זבינתא ביום פ' לא מחייבי' ליה לאתויי ראיה דהוה ההוא יומ' בהדי' מגו דאי בעי אמר ביומא אחרינא הוי בהדך א"נ מילך מסרת כי אמ' דהאי יומ' הוינא בהדך וזבינת' מינך כיון דליכא סהדי דמכחשי ליה מהימן וכו' עיי"ש משמ' דאם יש עדים שמכחישים אותו דלא היה באותו יום כאן אינו נאמן דהוי מגו במקום עדים וכ' מהרש"ג בס' משפטים ישרים סי' כ"ד דגם הרי"ף והרמב"ם דס"ל דצריך להביא ראיה היינו דוקא אם טען לקחתיה ממך אבל אם טען לקחתיה מיד א' שעשית מורשה למכו' נכסיך לכ"ע נאמן עיין שם :

ט"ו דין י"ז שיאמ' המערע' אתה נות לי וכו' ואם אמ"ל לך וקח שהיא שלו דהוי הודאה לא שייך טעמא דהב' נות לי מהרימ"ט סי' י"ח והביאו ה' קהלת יעקב דר"ה ע"ד עיין שם והמגיה בס' הרמ"ה בפח"ה סימן ל"ד דהאריך בזה ע"ש :

ט"ז כתב הרשב"ץ חלק ג' סימן ס"ח דאין מקבלין טענה זו אתה נות לי וכולי אלא היכא דמוכח וכדאיתא בפ' ח"ה ובפ' שני דייני גזירות ע"ש :

י"ז דין י"ח הגה אם טען המוכ' וכו' והא דאמרינן דעביד איניש דזבין דיניה כבר הרשב"א בתשו' חלק שלישי סימן פ' וז"ל דהתם כשלא קנאו ולא עשה מעשה שאלו קנאו לא היה יכול לחזו' ולתבוע ממש מעות המכירה אבל עכשיו יכול הוא לטעון בודאי כדי שיחזו' קרקע לי הייתי רוצה לקנות הקרקעות ויחזור לי קרקעי ויהיו המעות לך אבל לחזו' ולטעון על מעו' המכ' לא וכן צריך ראובן לברר וכו' והובא בב"י עיי"ש ועיין בספ'

בספ' בית דוד סימן נ"ח ובס' קהלת יעקב דף ר"ו :

י"ח דין י"ט חזר המחזיק וטען וכו' וכל שכן אם טען שני חזקה שאמרת הם קודם שלקחה אתה הרמ"ה בפ' ח"ה סימן ל"ו עי"ש :

י"ט דין כ"ה ואלו רצה וכו' דמגו להעמיד הקרק' ביד המחזיק בו עכשיו אמרינן כ"כ התוספות והרא"ש בפ' ח"ה וכ' הכנה"ג בסימן פ"ב אות כ"ח אבל התוספות בד"ה אמאי וכולי כתבו בשם ריב"ש דכיון דמגו להוציא לא אמרינן אף על פי שהוא מוחזק בקרקע לא אמרינן דקרקע בחזקת מרא קמא ע"ש ולא דק דהיינו דוקא לדעת רב יוסף אבל אנן קיימ"ל כרבה דאמרינן מגו להעמיד הקרקע בידו וכן כתב הרמב"ן שם וז"ל ושמעתי משום דלא אמרינן מגו לאפוקי ממונא וכן כתב הר"י הלוי והאי נמי כיון דאית ליה חזקה דדאבהתי' לא מפקינן מיניה ורבה סב' אמרינן מגו אפילו לאפוקי ממונא ואפסיק' הילכת' כרבה בארע' משום דברשו' מוחז' קיימא הוה ליה מוציא מחבירו ומגו לאוקומי ממונא הוא ואף על גב דקיימא לן קרק' בחזקת בעליה עומדת כיון דאיכא מגו ,אפים וכו' עד כאן ל' הרי בהדיא כמ"ש וכן הרא"ש הביא תי' ריב"ש וכתב עליו ואע"ג שדברי ריב"ש אמת אין לי דגמ' מורה וכו' ובמסקנא כתב וז"ל הילכת' כוותיה דרבה בארעא וכו' דכיון דקאמ' שטרא מעליא הוא זכה בקרקע שהוא מוחזק בו ואף על גב דבת' הכי קאמ' שטרא זייפא הוא אמרינן מגו להעמיד הקרקע בידו וכו' עכ"ל ונראה דסבי"ל דהתם דוקא אמרינן מגו משו' דכב' זכה בקרקע בטענה א' ולכך אף על גב דחז' ואמ' שטר' זייפא הוא נאמן במגו דאי בעי קאי בטענתו א' אבל אם לא טען כלל אינו נאמן בטענה אחרת במגו דהוי להוציא וכן כתב הר"י יונה והרשב"א הובאו בש"מ שם והכנה"ג בסימן פ"ב כתב כלל זה בשתם דאמרינן מגו להעמיד הקרקע ביד המוחזק משמע דאמרינן הכי בכל מגו וכן דעת מהרח"ש חלק א' סימן מ"ט וסימן כ' ע"ש ולע"ד ליתא כמ"ש :

כ' כתב מהרבד"ס סי' רכ"א וז"ל ועל ההפרש שנפל בין האחים בענין תנאי המכירה שנכ' ראו' לשמעון וכו' אפשר להביא קצת ראיה מתשובות הרשב"א וכו' בכ"ד נמי שמעון וראובן מודים שהיה שם מכר אם כן ראובן שרוצה עתה לבטל המכר מחמת התנאי עליו להביא ראיה אבל הא ודאי ליתא דל"ד דבשלמא התם מוקמינן המכירה על חזקתה מפני העדים אבל בנדון דידן דליכא עדים איכא מגו דאי בעי ראובן אמ' לא מכרתי והיה נאמן השתא דאמ' מכרתי ותנאי זה היה בינינו נאמן עיין שם ונראה דסבי"ל דלא חשיב מגו להוציא וכעין זה כתב בש"מ למציעא דף ג' בשם תלמידי ה"ר יונה וז"ל שכן יראה מסברא שאם היה ראובן מוחזק בקרקע אחד ואמר לשמעון אמת שמכרתיו לך אבל לא נתת לי המעות עדיין נאמן מגו שהיה יכול לומר לא מכרתיו לך ובענין זה לא אמרינן מגו לאפוקי ממונא כיון שחזקת הכתב' היא ע"פ הודאת התובע וכולי עיי"ש (עכ"מ) :

סימן קמ"ז

א' דין א' שא"ל איך תעיד על המכר ותבא ותערע' וכולי כתב הסמ"ע דוקא בכה"ג שעשה המערער מעשה שחתם בשטר או העיד בפיו בב"ד וכו' וכן כתב הרב כנסת הגדולה הגב"י עם מ"ש הריטב"א דוקא חתם וכו' וז"ל לאו דוקא חתם שעשה מעשה אלא הוא הדין אם העיד בב"ד בעל פה והוא הדין אם יצא ערב או קבלן מורה לדק בשם הריטב"א עי"ש וכי האי גוונא כתב הריטב"א בחידושיו לקידושין דף מ"ג וז"ל הא דאמרינן אבל גירושין ניחוש שמא עיניו נתן בה תמיהא מילתא וכו' ועוד דהא תניא בהדיא עדים החותמי' על שדה מקח ועל גט אשה לא חששו חכמים וכו' אי נמי דהתם אמרינן דמעשה וחתימה לא עבדי אבל דבור אמרי' והיה ס"ד דעדות גירושין שמעיד ע"י דבורו הוא וא"ל בשקרא קא משמע לן דכל שהמעשה נגמר על פיהם מעשה גמור חשיב וכולי עיין שם והכא נמי אם העיד בבית דין או אם יצא ערב וקבלן שע"פ נגמר הדבר מעשה חשיב וכ' מהרא"ח חלק שני סימן מ"ב דהוא הדין אם הוא סרסו' במכירה ומסייע בה דהאי טעמ' דחתם עליה בעד איבד זכותו משום דמסייע בקנין וכל היכא דמסייע בקנין אבד זכותו עיין שם וכי האי גוונא כתב מהר"י באסן בתשו' סימן ק"ב עיין שם וכן כתב מהרימ"ט חלק ראשון סי' רי"ד וה' פמ"א סימן ל"ב הביא דבריהם ודברי הריטב"א עיין שם באורך ועיין בספ' בתי כהונה חלק ראשון בית ועד סימן ך' והרא"ש בספר א"ז לכתובות כ' וז"ל וא"ת והא טענה מעלייתא היא כדאיתא בח"ה וכו' וי"ל דהכא לא היה ליה לחתום לעשות מעשה שנראה הודאה משום ניחותא דשני אבל התם שאינו עושה מעשה חיישינן שמא יעיד שקר משום ניחותא דראשון עכ"ל משמע דוקא עשה מעשה אבל העיד בפיו לא כההיא דח"ה דאפי' העיד בבי' דין הוי נוגע בעדות ונראה דגבי עדות אף ע"פ שעשה מעשה שחתם הוי נוגע בעדות מהאי טעמא שהרי כתב הטו' בסימן ס"ו סכ"ב וז"ל ראובן שיש לו שטר על שמ' ונתנו ללוי בכסף ומסירה והיה שמעון א' מעדי המתנה ואחר עמו ורצה ראובן לחזור מהמתנה וטען שהשט' פסול הוא לפי ששמעון נוגע בעדות שרוצה להעיד כדי שיפטר מבע"ד שהשני נוח לו הדין עמו וכן הסכים בטה"ת שכ"א סח"ד ופסקו מרן בסימן ל"ז סי"א ובסימן ס"ו עיין שם אלמא אפילו עשה מעשה חשבינן ליה נוגע בעדות מהאי טעמא שהשני נוח לו אבל לענין הודאה אם עשה מעש' אינו יכול לערער ועיין בב"י י"ד סי' קפ"ה דכי האי גוונא חי'הרשב"א בין מעשה לדיבור וכן כתב הרשב"א בחידו' לקידושין :

והנה בבתרא דף קל"ב גבי הכותב נכסיו לבניו וכ' לאשתו קרקע כל שהוא אבדה כתובתה אמ"ר במזכה להם על ידה וכו' ריב"ת אמר דא"ל טלי קרקע זו בכתובתיך ומקולי כתובה שנו כאן וכ' רשב"ס אכולהו קאי דשאר ב"ח לא אבדו בכך עד שיאמרו בפירוש אנו מוחלים לך השעבוד וכו' ע"ש אלמא אפי' סייע שנתן לו הסודר להקנות לא מחל לו ואפשר דדוקא בשעבוד אפי' סייע לא אמרינן דמוחל וכן ראיתי להרב קרבן העד' על הירושלמי ס"פ הנושא שחילק כן ומה שהקשה כיון שעש' מעשה ושתק למה לא נאמ' דהוי מחילה עיין שם לק"מ דאפילו עשה מעשה א"ל (א"ה עכ"מ) :

ומ"ש הרב מורה לדק בשם הריטב"א אם ערב או קבלן ראיתי להריטב"א בחיד' לקידושין דף ח' שכתב ראובן שהיה דר בביתו של לוי ומכרה לשמעון וכ' לו סתם ביתי מכורה לך ולוי נכנס ערבן לא אבד זכותו שיוכל לו' אתה לא כתבת אלא שמכרת לו ביתך וזו ביתי הוא עיין שם ונראה דסבירא ליה דהכא מיירי שמכר לו שדה פ' דכיון שהזכיר שדה פלוני' אבד זכותו והוא הדין אם יצא ערב או קבלן אבל אם כ' לו שדה סתם שלי מכורה לך אפילו שעשה מעשה שחתם לא אבד זכותו וה'

מולל

מוכל מאם חלק שני סימן י"ח חילק בין עד לערב וג"מ דאם העיד בשט' הודאה שהודה ראובן שהקרק' שלו מכרו לשמעון לא אבד זכותו שיכול לומ' איני יודע אם היה לך קרקע או לא אלא על מה שהודית שהשדה שלך מכרת חתמתי וזה אינה שלך אלא שלי ע"ש ליתא דבין במכיר' או בהודא' או בערבו' אם אמ' שדה פ' אבד זכותו ואם כ' שתם ביתי מכורה לא אבד זכותו :

ב' הגה ודוקא שחתם עם עד אחד וכו' שאם לוי היה קרוב או נצטרף עם עד קרוב שנמצ' דהשטר בטל עדיין יכול לטעון ולערע' על המכיר' שיאמ' לוי משטה הייתי בך מאחר דהשטר בטל הריב"ש והביאו המש"ל בפי"ו מהלכות טוען עי"ש :

ג' דין ב' וכן וכולי ועשה השדה סימן לאחר וכולי פי' רש"י עשאה המוחזק בה סימן לאחר עיין שם והתוספות כתבו עשמע מתוך הל' דאעורר קאי כגון שמכר א' משדותיו ועשאה סימן בשם המוחזק ובגמ' הכי פי' ל"ש אלא לאחר אבל עצמו לא אבד כלומר אם מכר מערער את' משדותיו למוחזק לאו הודאה היא דאי לאו דעבדי הכי לא היה המוחזק קונה שדה ממני ואני הייתי צריך למעות ול"ג מזבין אלא זבין עיין שם והרא"ה והריטב"א שם כתב שזה הנכון אלא שלא מצינו נוסח' זה בכל הספרים ותר"י כתב דר"נ הלוי דחק להעמיד גיר' הספרים דה"פ ל"ש אלא שעשאה העורר סי' לאחר שלקח שנית מן העורר אבל אם עשאה סימן לעצמו לשד' שנית שלקחה העורר מן הגזלן לא אבד את זכותו עיי"ש אבל רמב"ן דף קל"ב כתב וז"ל עשאה המערער סימן לאחר שמכר המערער שדה אחת אצל אותה שדה שהוא מערע' עליה ועשאה אותה סימן וכו' ודוקא לאחר אבד את זכותו אבל לעצמו שהמחזיק באותה שדה מכ' לזו המערע' שדה א' וכתב לו מצר פלו' שדה שלי וזה המערער שתק לא אבד את זכותו דאי הוה מערער לא הוה מזבין ליה וכו' עכ"ל הרי דפי' עשאה המערער סימן וכולי אבל לעצמו היינו שמכר המחזיק למערער וכולי ומכל מקום ככר כ' תר"י והריטב"א לענין דינא שני הפירו' אמת וכן אמרו בירושלמי אפילו עשאה סימן אחר לאחר וכו' ע"ש :

ד' דין ג' הגה אם אין כת"י וכו' הטור כ' בשם הרמ"ה דאפילו כתב ידו יוצא ממ"א נאמן במגו שהיה יכול לומר על תנאי מכרתיה לו ולא נתקיים התנאי וכולי עיין שם ונראה דלא טוענים ליורשי' תנאי דלא שכיחא אבל טוענים להם שחזר ולקחה במגו וכי האי גוונא כתבו התוספות דמיירי כגון שאין כ' ידו יוצא ממקום אחר ולכך נאמן לומר חזרתי ולקחתי ממנו מגו דאי בעי אמר מזוייף וכו' והא דלא קאמר אי הוה אביהם היה טוען מזוייף דלא טענינן ליתמי מזוייף מיהו חזרתי ולקחתי ממנו טענינן להו וכו' עיין שם והכא נמי לדעת הרמ"ה אפילו כתב ידו יוצא ממקום אחר טוענים להם חזר ולקח במגו דתנאי אבל אין טוענים להם תנאי מדלא אמר אם הוה אבוהון קיים הוה טוען תנאי היה והתוספות בערכין בפרק שום היתומים בד"ה אר"א וכו' שכתבו וז"ל דהתם מתחילה היתה של אביו דיתום כי נמי איכא סהדי דאחזיק אין לנו לקבל עדות זה וכו' דשמא שום תנאי היה לאביו עמו למחזיק שהוא שלו וכולי נר' דהיינו דוק' לגבי יתום קטן לענין דאין מקבלין עדות אבל אין טוענים להם להחזיק ואפשר דליתומים קטנים טעני' להו אפילו טענה דלא שכיחא וכי האי גוונא כ' התוס' בכתובות דף ל"ב בד"ה ראובן וכו' נהי דיתומים גדולים לא חיישינן לנררי כהאי גוונא ביתומים קטנים חיישי' טפי

עיין שם והכא נמי א"ל דטוענים ליתומים קטנים תנאי היה וכל טענה דלא שכיחא אבל ליתומים גדולים לא אבל אנן קיימא לן דאין טוענים אפילו ליתומים קטנים טענ' דלא שכיחא עיין שם בשי' :

ה' דין ד' דיין החתום בקיום וכולי התוספות בפרק דכתובות הקשו מדאמרינן בפר' ח"ה אחד מן האחים שהיה נוש"נ בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו אמר רב עליו להביא ראיה ומסיק ראייה בקיום השטר אלמא דעל ידי חתימתן הדיינים אנו יודעים שהשטרות שלו הם דהכולה מסהדי עיין שם מה שתירץ ונראה דהתוספות סבירא להו כפירוש רשב"ם שם דרבה ורב ששת פליגי אליבא דרב אבל הרמב"ן והרשב"א הובאו בש"מ בפרק ח"ה דחה פי' רשב"ם מהא דקי"ל דמקיימי' את השטר אע"פי שלא קראוהו כלל ולא ידעו מה מלוה ומה לוה והסכים לפי' הראב"ד דרבה ור"ש בדרב ושמואל פליגי רבה כרב ורב ששת כשמואל והביא ראייה לדבריו עיין שם וכ"כ הרמ"ה שם בסימן רי"ד ע"ש :

סימן קמ"ט

א' דין א' הגה כגון שהיה אריסו או אפוטרופו' וכו' בתבו' חלק שליפי סי' קמ"ח כתב שטען עוד שלא גבתה עדיין כתובתה ולפיכך אין לה חזקה בנכסי בתה לפי שהוא אומ' דמשום מזונותיה אכלה אותם וכו' והשיב שם דהוי חזקה לגבי אחר מסמ' דלגבי הבת לא הוי חזקה אפילו אינה דרה בבתים משום מזונות ועיין בהכנה"ג אות כ"ב :

ב' דין ב' שדה של שני שותפים וכולי הטור כתב בשם בעל העיטור דאחין אינן כשותפין זה על זה וכתב הרב כנסת הגדולה אות י"ד דמהרא"ד"ב כתב איני סומך על בעל העיטור אבל מהרשד"ם כתב כיון דהטור לא כתב חולה עליו ראוי לחוש לו עיין שם ואני מצאתי לבעל העיטו' באות מ' מחאה דפ"ו ע"ד שכ' וז"ל ומסתברא דהוא הדין דאחים דמחזיקים והא דאמרינן אחין שחלקו אין להם דרך זה על זה וכולי ה"מ בתוך שלש וכולי אבל אחר שלש דינו כשותף דמחזיקים זה על זה דמ"ל למחויי וכו' הרי דסבי"ל דאחים דינן כשותפים ואשמעינן דמחזיקים זה על זה אם יש דין חלוקה כמו שותפין ועיין שם עוד דף ע' ע"ב וכן מצאתי למהרח"ש חלק א' סימן כ"ד שהגיה כן בטור דאחין דינן כשותפין וכו' והביא דברי בעל העיטור כ"י ע"ש :

ג' שאין בה דין חלוקה וכו' אם הבתים יש בהם דין חלוקה אף על פי שאין בחצר דין חלוקה כיון כ"א מהם יכול לדור בביתו ולהשתמש בחצר בשותפים והחזיק אחד מהם בכל הבתים ובחצר הוי חזקה מהרח"ש סימן כ"ד עיין שם :

ד' אע"פ שאכל א' מהם וכו' כתב מהרימ"ט סימן כ"ו דאם השכיר אחד מהם לבדו בשמו ופורעים השכירות לו לבדו הוי חזקה הביאו הר' כנה"ג עיין שם אבל הרב שבות יעקב חלק שליפי סימן קס"א כתב דלא עלתה לו חזקה וגם מהרימ"ט לא החליט למעש' וכן הסכימו עמו ב"ד עיין שם :

ה' הגה אבל אם החזיק בחליה וכו' דעת ר"ח דאפי' החזיק בחליה אם יש בה דין חלוקה הוי חזקה וכתב הכנה"ג דכיון דאיכא פלוגתא המוציא מחבירו עליו הראיה מ"ל ומהרא"ד"ב בתשוב' כ"י ע"ש ובתשובות מהרא"ד"ב בספר לחם רב סימן קט"ו כתב דר"ח יחיד

בדבר

בדבר ואין המוחזק יכול לומר ק"ל כוותיה אלא שכתב דהיינו דוקא בשדה אבל בבית איכא כיוע מדברי התוס' בפרק ח"ה בד"ה בשותפות עסיקינן שכתבו דהוא דאין שותפין מחזיקין זה על זה היינו דוקא בשדה אבל הכא מיירי שהבתים אלו פתוחות וכולי עיין שם :

ו' כתב מהרא"ד"ב שם דאם יש קול שחלקו והיה כל אחד לבדו מעלה השכירות התוגר הויא חזק' עיין שם :

ז' דין ג' הבן שהוא סומך על שלחן אביו וכולי עיין בתשוב' הרדב"ז ח"ה סימן ש"א פ"א :

ח' דין ו' אב בנכסי הבת וכולי כ"כ הרשב"א סי' תתק"ן ובמיוחסות סימן ל"ג וז"ל ומשתב' דאב בנכסי הבן ובן בנכסי האם היינו אב בנכסי הבן ובן בנכסי האב ל"ד שאם כן אף האב בנכסי הבת יש לו חזקה דבן דוקא ולא בת אלא וכולי אבל אח ואחות לא שמענו וכולי עיין שם וכן כתב הרמ"ה בפרק ח"ה סימן ר"ח וסימן רי"ד דאחיו לא עיין שם ובירושלמי שם אמרי' ולא לבן בנכסי האב בחייו אבל לאחר מיתת האב יש לו חזקה ולא לאב בנכסי הבן בחייו אבל לאחר מיתת הבן יש לו חזקה עיין שם אלמא דהבן אחר מיתת האב יש לו חזקה בנכסי אביו נגד אחיו וכן האב אחר מיתת בנו יש לו חזקה נגד בני בנו :

ט' דין ט"ו הידוע של ישראל וכו' אבל אם ראייה לתובע שהיא שלו אף ע"ג דברי ושמא הוא אין מוציאין אותן מיד הנתבע דומיא דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע וכן כתב הרמ"ה בפרק ח"ה סי' ס"ח עיין שם :

יו"ד דין י"ט עד שיאכל שלש שנים רצופות וכולי זה דעת הר"ין' מיגש והרמב"ס אבל הרמב"ן והרא"ה והריטב"א הובאו בש' א"ז דכתובות פ"ב הסכימו דאפילו החזיק שלש שנים אחר שהגדיל לא קנה עיין שם וכן כתב רש"י והתוספות והרא"ש בפ' המפקיד וכן הסכים הרשב"ש סימן ז' וסימן רפ"ע עיין שם והטור כתב בשם ר' האיי וז"ל אפילו אם החזיק בו כמה שנים אחר שהגדיל אינה חזקה והוא שבא המחזיק מכח טענתו הראשונה שהחזיק עליו כשהוא קטן וטוען לו שמחל לו בשתיקתו אבל היכא שיכול לומר לו ולישבע חזרתי ולקחתי ממך אחר שהגדלת והחזקתי אח"ך שני חזקה הוי חזקה וישבע שעבה כך אי נמי אם החזיק האב בפני הקטן ומת בנו יכול לטעון דחזר אביו וקנאה מאותו קטן לאח' שגדל וזה בכלל טוענים ליורשים וכו' וכתב הרב שארית יהודה דגבי לוקח דוקא אם החזיק המוכר ג' שנים אחר שהגדי' טוענים ללוקח והביאו הרב כנסת הגדולה אות מ"ט עיין שם אבל מהרא"ש חלק ראשון סימן כ"ו חלק עליו דלא מסתבר דאם החזיק אב שלש שנים אחר שהגדיל אפילו לא החזיק הבן או שהחזיק האב אחר שהגדיל יום אחד והבן שלש שנים טוענים וכו' עיין שם ועיין בתשו' מהר"י באסן סימן ל"ב :

י"א הגה ויש אומרים דאינה חזקה וכו' כתב הרב פנים מאירות ח"ב סימן ל"ג דוקא לוקח א' צריך לברר שמחל לו אחר שהגדיל אבל אם מכר לוק' א' לשני טוענים לו שלוקח א' היה לו שטר או עדים שמחל לו הקטן כשהגדיל ע"ש באורך וליתא דהא קיימא לן דאין טועני' ליורשי' וללוקח אלא מה שהיה נאמן מוכ' בלא ראיה כמו שהוכיח מהריב"ל חלק ג' סי' ל"ג מפ' לא יחפור עיין שם מיהו הב"ח סימן קנ"ג חי' בין יורש ללוקח וייתם סברא זו לדעת הרמב"ס עיין שם ועמ"ש

בסימן ע' :

י"ב דין כ"ב וגובה שלא בשבועה וכו' כתב הרב ש"ך אף על גב דהטוען על המשכון צריך לישבע אף על פי ש"ל מיגו דלקוח שאני הכא כיון דאין נשבעין על הקרקע שבועה חמורה ושבו' היסת לא תקנו על טענת שמא וכן כתב המ"מ וכולי ע"ש ובספר ראב"ן דף ק"ב עמוד ג' כתב וזה לשונו שמעינן מהכא דעל ידי המגו נאמן בלא שבו' ובפרק המוכר את הבית אמרינן בעא רב עמרם לרב נחמן המפקיד אצל חבירו בשטר וא"ל החזרתיו לך וכו' עד מאי נאמן נמי דקאמ' בשבו' אלמא בטענת מגו אינו נאמן אלא בשבועה אלא נקוט האי כללא בידך דכל היכא דאיכא טענת מגו דאי הוה טעין לא הוה בעי לאשתבועי כי הכא כי טעין נאנ' ממני פקדונך הוה ליה לישבע שנאנס כי טען נמי החזרתי לך בעי לישבע שהחזירו וכל היכא דאי טען מגו לא בעי לאשתבועי כי הכא דרבה בר שרשום דכי טעין לקוח' הי' בידי לא היה נשבע דחזקה במקום שטר קיימא וכי אית ליה שטר שלקחה אין צריך לישבע דחזקה במקום שטר קיימא וכי אית ליה שטר שלקחה אין צריך ליש' בחזק' נמי אינו נשב' היכא דטעין נמי זוזי אחריני אית לי גבי אבוהון נאמן בלא שבועה ועד"ז תקון כל מגו שבתלמוד דכל היכא וכולי עכ"ל וכבר כתב המ"מ בפ"י ובפ' י"א מהלכות טוען שי"א דכל שיש לו חזקה אינו נשב' דחזקה כשמה אבל הרמב"ס סבירא ליה דאפילו החזיק ג' שנים צריך לישבע היסת וכן כתב הרמב"ס פי"ג מהלכ' מלוה גבי משכון דאם אין שם עדים וטען לקוח נשבע היסת עיין שם :

סימן ק"ן

א' דין ב' נתנה המשכון לבנו וכו' יש שפירש דבנו לא זכה כל שנודע בעדים דמפני הברחה זו נתנה אפילו לא פירש כלום בשעת המתנה אנן סהדי דמחמת אונסא הוא דאקנייי ולהברחה בעלמא וגבי מתנה בגילוי דעתא סגי והיינו רבותא דאף על גב דהבן לא קנה אין המכירה כלום דמתנת בנו הו"ל מודעה דמחמת אונס מכר ואע"ג דמודעא דמכר בעינן שיאמרו הכרנו באונסו והכא ליכא עדים שידעו שהלוקח היה מפחידו אפי' הכי מתנת הבן חשיב כאלו הכירו באונסו הריטב"א והרמ"ך הובאו בש"מ למליעא עיין שם וזה כדעת מהר"י מיגש והרמב"ס בטימן רמ"ב גבי מתנה ע"ש וה"ה במכר :

ב' דין ג' יש אומרים שאין לו בה חזקה וכו' (השאל' וגם תחילת התשו' נאבדו וזה מה שמצאתי כתוב) ואם היה הבן סמוך על שלחן אביו בשעת הנישואין כשירד בתוכה בבית ואח"כ היה חלוק מאביו זמן הרבה נראה שזה תלוי במחלוקת אם היורד ברשות יש לו חזק' או לא וז"ל הטור וכתב הרמב"ן היכא שידוע שירד בה בתורת משכונה אין לו בה חזקה מעולם אפילו אם ידוע שנשלמו ימי המשכונה והחזיק ב' ג' שנים אח"כ והרמ"ה כתב שאם אכלה ג' שנים אחר שכלו ימי המשכונה יש לו חזקה וכן כתב הר"י אברצלוני ומדברי א"א יראה כדברי הרמב"ן עכ"ל ומהרא"ש בתשובות חלק ראשון סימן י"ב הקש' מדכתב הטור בסימן קמ"ט הגוי אין לו חזקה וכו' ואם החזיק בה הגוי ונתגייר ושהתה בידו שלש שנים אח' כך טען קניתי ממך אחר שנתגיירתי יש או' שאינו נאמן וא"א הרא"ש אומר שהוא נאמן וכו' ומאי טעמ' נאמן כיון שמתחילה בא לידו בזמן דלא מהניא חזקה ול"ל דדוקא כשנודע

כשנודע ודאי שלא ירד לתוכה תחילה בתורת מקח הוא דלא מהניא חזקה אבל הכא לא נודע ודאי שלא ירד בתור' מקח אלא משום דאמרינן כתם גוי אנס הוא ולא ירד אלא בגזל ואם כן אחר שנתגייר ושהה שלש שנים ולא ניח' דמתחילה ירד בה בתורת מקח ואפילו טוען שעכשיו אחר שנתגייר לקחו נאמן במגו דמ"ל דמתחילה ירד לתוכה בתורת מקח דלא משמע הכי אלא עיקר טעמא משום שטוען קניתיה ממך אחר שנתגיירתי ואם טען שקנא' בעודו בגיות לא מהימן אלא במגו שהיה אומר עכשיו קניתיה ממך אחר שנתגייר ואם כן אדרבה גרע כשטוען שלקחה אחר שנתגייר כיון שמתחילה לא ירד אלא בתורת מקח ודוחק לומר דהכא שאני דגוי שנתגייר כקטן שנולד דמי וכו' עיין שם ונראה דסבירא ליה דאם טען שקנאה בעודו גוי נאמן במגו שהיה אומ' שקנאה אחר שנתגיי' וכן הסכי' ה' ע"ז שם וכן כתב הלבוש בסימן קמ"ט סימן י"ז עיין שם אבל הסמ"ע שם סקכ"ז דוקא אם טען שקנאה אחר שנתגייר וכמ"ש הש"ע שם ובדרישה כת' הטעם דהוה ליה כמגו במקום עדים דסתם גוי גזלן הוא עיין שם וכן כר' עיקר דאם טען שקנאה קודם שנתגייר אינו נאמן במגו דסתם גוי גזלן הוא וחזקה זו כעדים ואף ע"ג דמ"ל אם אומרי' מגו במקום חזקה או לא במקו' חזק' אלימתא ודאי דלא אמרינן מגו דקיימא לן באומר על המטלטלין שבידו פקדון הם כתב הרמב"ן משום דחזקה כל מה שבידו אדם שלו ומגו במקום חזקה כזה לא אמרינן וכן כ' הרשב"א בתשובו' סימן אלף ומ' עיין שם דסבי"ל אף ע"ג דמ"ל באומ' פרעתי בתוך זמן אי אמרינן מגו במקום חזק' או לא וקיימא לן קולא לנתבע מכל מקום בחזקה אלימתא ודאי לא אמרינן מגו כמו שכתבו התוספות בכתובות דף ט' בד"ה לא וכו' וכמו שכתב הרשב"א בתשוב' חלק ג' סימן ש"ע דיש חזקה אלימתא דאין מגו עומד כנגדה כמגו דמודה במקלת וכו' וכן כתב בהדיא בתשוב' חלק שלישי סימן קל"ד עיין שם באורך והכא נמי חזקה גדולה היא דסתם גוי גזלן היא ואין מגו עימד כנגדה ואם תמצי לו' דחזקה זו הוי כחזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו דבעיא היא אי אמרינן מגו או לא הכא מוקמינן קרקע בחזקת מרא קמא כיון דספק הוא אם נאמן זו המחזיק או לא הקרקע בחזקת בעליה הא' היא אבל אם טען שקנאה אחר שנתגייר נאמן וכב' כ' הפרישה שם דלא הוי כגזלן ממש דאפילו שהה בידו שלש שנים אחר שעבו השו' אינו נאמן לומ' שחז' ולקחה דהתם ודאי גזלן הוא התחיל' אבל הכא אף שסתם גוי גזלן הוא מכל מקום אינו ודאי דזה השדה בא לידו בגזלנותא עיין שם ותהרש"ך חלק ראשון סימן ל"ב תמה על הטור דאדרבא נראה דסב"ל דנאמן ממ"ש בההיא דאין מחזיקין בנכסי קטן שאע"פ שהחזיק ג' שנים אחר שהגדיל לא הוי חזקה כיון שירד כשהיה קטן לא ידע שהיתה של אביו שימחה וא"א ל"ל טעמא דלא ידע למחו' אפי' ידע למחו' לא מהני חזקה כיון שירד בזמן דל"ש מחאה והרב בני אהרן סימן ק"ט תמה עליו היכן מצא דהרא"ש יהיב טעמא משום דלא וכו' עיין שם ולא זכר מה שכתב הטור בסימן קמ"ט ווה ל' וא"א הרא"ש כתב שאינה חזקה כיון דירד לתוכה כשהיה קטן לא ידע שהיתה של אביו שימחה וכו' וכבר מהרח"ש בתשוב' חלק ראשון סימן י"ב והרב משפט לדק חלק שני סימן כ"ז חי' בין יורד ברשות להחזיק בנכסי קטן עיין שם באורך ווה ל' הרא"ה הובא בש"מ לכתובות פי' הגאונים דהא דאמרינן ואפילו הגדיל כלומר אפילו הגדיל והחזיק בה שלש שנים ורב הונא ה"ק אין מחזיקין בנכסי קטן כשטוען לקחתיה מאבוהיך אפילו אכלה שני חזקה לאחר שהגדיל דקטן לא בר מחאה הוא אפילו אחר שהגדיל דלא ידע במילי דאבו' כלום והיינו דאמר רב הונא אפילו הגדיל קא משמע לן דאפילו אכלה אח' שהגדיל לית ליה חזקה וא"ת והא כל שלא ירד בתורת מכר לית ליה חזקה והכ"נ כיון שירד בה כשהוא קטן הרי יורד בה שלא בתורת מכר ויש לו' דהא רב הונא בטוען מאביך לקחתיה שלפי דבריו לא אכל' מעולם שלא בשורת מכר או בטוען מבית דין לקחתיה שמכרו לכרגא או למזונות או לכתובת אשה או לשט' שיש בו רבית קא משמע לן דאפילו הכי וכו' אינו נאמן דקטן במילי דאבוה הוי דלא ידע וכו' עכ"ל הרי דסבי"ל דכל שלא ירד בתורת מכר אין לו חזקה והכא נמי אם טען בעודו שהוא קטן ואח"ך כשגדל לקחה ממנו אפי' החזיק שלש שנים אינה חזקה מהאי טעמא שלא ירד בתו' מכר אבל אם טען לקחתיה מאביך או מבית דין דלפי דבריו לא ירד לתוכה שלא בתורת מכר ואפי' אינה חזק' מטע' דקטן לאו בר מחאה הוא אפילו אחר שהגדיל דלא ידע במילי דאבוהון ואם כן אפשר שכן דעת הרא"ש והילכך לטעמא דלא ידע וכולי דאפילו טען שלקחה מאביו ואכל' שני חזקה אחר הקטן אפילו הכי אינה חזקה מה"ט דלא ידע במילי דאבוה שימחה אבל בטען לקחתיה ממך בלאו הכי אינה חזקה כיון שירד בה שלא בתורת מכר ואם כן נראה דהכא נמי בבן שהיה סמוך על שלחן אביו שירד בשעה שאין לו חזקה אף על פי שאח"כ לא היה סמוך על שלחן אביו ואכל ג' חזקה לא הוי חזקה לדעת הרמב"ן ודעמיה וכן פסק מהרא"ד"ב בסימן קס"א דאם אין לבן חזקה עליו להביא ראיה נגד היורשי' ואם היה סמוך על שלחן אביו בשעת הנישואין והוליכו לבית ההוא אפי' היה חלוק אחר כך מאביו זמן הרבה אפ' לו' דלא עלתה לו חזקה כמ"ש הריב"ש בסימן שכ"ה דמסורת בידינו מגדולי האחרונים דכל שירד ברשות אין לו חזקה לעולם והכ"נ דכוותה עיין שם וכן הסכים בסי' רי"ט לדעת רוב הפו' דכל היורד ברשות אין לו חזקה לעולם ולא יהא אלא ש' אוקי ארעא בחזקת מרא קמא עש"כ :

איברא דהסמ"ע כ' דה"ד במשכונא דלא נשתנה שמה משא"כ בבן אומן ואריס ומי שירד לנכסי א"א ובדרישה כתב דגם הרמב"ן מודה ומ"ש גבי א"א צריכה למחות היינו שתייחד עדים על שירד בחיי בעלה לאו משום דס"ל דכל שלא ירד בתורת מקח אינו יכול לטעון עוד לקחתיו אלא וכו' עש"ב אבל בדברי הרמב"ן מבואר דלא ס"ל הכי שכ' שם וז"ל י"א דאע"ג דקי"ל שכל היורדים ברשות אין להם חזקה וזה כיורד ברשות שהרי ירד בשעה שאין לו חזקה ה"מ לשאר היורדי' ברשו' או ביורד לנכסי קטן דודאי שלא בתורת מקח ירד אבל זה אפשר שמתחילה לקחה ממנה ואע"פ שבחיי הבעל לא הי"ל למחות לא מפני שיש לו לזה רשות בא אלא מפני שהוא סומך על בעלה הילכך מיד כשמת הי"ל למחות וכו' מיהו תמה אני וכו' דאי שמעתי' כפשוטא ל"ל מגו לוקמא לדרב בדא"ל מינך זבינתא ואכלת' שני חזקה ושמא תאמר א"ה פשיטא השתא נמי פשיטא דמגו אמרינן ועוד לא פשיטא הא מילתא אלא מהיקש' נמי ק' אמאי מהימן הואיל וירד בה בחיי בעלה וכו' אבל נ"ל וכו' עש"ב הרי בהדיא דס"ל דכל שירד שלא בתורת מקח אין לו חזקה ומי שירד לנכסי א"א אע"ג דלא ירד ברשות וא"ל שמתחיל' לקחה ממנה אין לו חזקה וכן מבואר בתשו' הריב"ש סי' שכ"ז ע"ש וכן הוכיח מהרש"ג בס' משפטים ישרים סי' ל"ז וה' עדות ביעקב סימן קמ"ח עיין שם מיהו הרשב"א

דהא

דהא דברי הרמב"ן והסכים דיש לו חזקה מה"ט דאפשר שלקחה ממנה מתחילה כתי' י"א וכן כתב הר' יהונתן הובאו בש"מ שם וכן נר' דעת הרא"ש ובזה ניחא מה שהק' מהראד"ב בסימן רי"ט מדברי הטור בסי' קמ"ט שכ' ואם ירד אחר לנכסיה בחיי הבעל ומת וכו' נאמן במגו דאם היה רוצה היה טוען קניתיה ממך וכו' דמוכח מדבריו דאפי' ידענו שירד בחיי הבעל מהני ליה חזק' עיין שם דס"ל דלא כ' הרא"ש אלא במשכונה אבל באומן ואריס ומי שירד לנכסי א"א מהני להו חזקה וכן כתב ה' כנה"ג ח"ב סימן קנ"ב מדב' הטור שם אם שהתה ביד הבן ג' שנים וכו' והם דברי הרא"ש בפ' ח"ה מוכח שכ"ל שמימות אביו היו דרים יחד ובמות אביו נשארה בידו והחזיק שני חזקה אחר מות אביו שלא כדברי הריב"ש עיין שם וכן כתב מהרא"ש סי' מ"ז והסכים עמו מהרש"ג בתשו' שם דהרא"ש מחלק כן עיין שם וא"כ ה"נ אם החזיק הבן ג' שנים אחר שחלק מאביו יש לו חזקה ונאמן במגו ועוד אפילו ספק לא מוקמי' הקרקע בחזק' מרא קמא אלא בחזקת המחזיק בו כמ"ש התוס' בבתרא דל"ב ע"ב בד"ה והילכת' וכו' לפי' רשב"ם וגם התוס' לא חלקו עליו אלא כשלא החזיק ג' שנים אבל כשהחזיק ג' שנים אפשר דמודו דבחזקת ג' שנים יצאתה מרשות הנותן וקמה ברשות המקבל כדאמרי' בר"פ ח"ה למאן דיליף משור המועד ע"ש גם מהראד"ב עצמו בסימן קנ"ד כתב דכיון דדבר זה עצמו מי הוא המוחזק שנוי במחלוקת ראוי לפסוק לאוקומי ארעא היכא דקיימא דשב וא"ת הוא וכ"כ ה' כנה"ג בסימן ק"מ בשם מהר"ש יפה וכן הסכים ה' פני משה ח"א סימן ס"ו וה' פרח מטה אהרן ח"א סי' כ"ו עיין שם :

(וזה נמי מצאתי אותו כתוב בקונטרים אחר דשייך לשאלה שנאבדה) :

ומה שטוען הבן שהבית שהשיאו אביו בו היה שלו כדקי"ל בא"ה סימן נ"ח המשיא בנו גדול בבית קנה הבית וכולי ליתא דהא בעי' שלא שייר האב בזה הבית שייחד לו כלום והבן צריך להביא ראיה שלא שייר האב ואף שמהר"ם מטראני ח"ב סימן קכ"ה כ' דמספק על האב ועל יורשיו להביא ראייה אין כן דעת האחרוני' עיין שם וכן נראה דהא אמרינן בגמר' הני תלת מלי שוינהו רבנן כהילכתא בלא טעמא חדא הא ואידך הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופא וכו' וגבי בעיא דבריא שכ' כל נכסיו לאשתו כ' הר"ן וז"ל מסתברא דקנו קנין גמור דכיון דהילכתא בלא טעמא היא לא קנה אלא באומדנא ברורה דאי לקיים המתנה אמרי' הכי כ"ש לבטל המתנה ולאוקי הנכסי' בחזקת מרייהו והפוסקים שפסקו בהך בעי' דלא קנתה לאו משום דאזלי' בתר האומדנא אלא משום דמספק מוקמי' הנכסי' בחזק' מרייהו וכן כפ' מ"ש בבעיא דש"מ שהקדיש כל נכסיו או הפק' כל נכסיו כ' הרא"ש וז"ל וכיון דסלקא בתיקו ומס"ל אי שייך הכא אומדנא או לא יראה שאין מבטלין מעשיו אלא היכא דברירא לן אומדנ' ע"ש והא ש"מ שכ' כל נכסיו אומדנא דמוכח' היא דלא מני ליה עם הנך דהוו הילכתא בלא טעמא וכמ"ש המבי"ט ח"ג סימן ע"ט עיין שם ואפ"ה לא אזלי' בתר אומדנא מספק אלא היכא דברירא לן אפי' לקיים המתנה וכ"ש אומדנא זו דהילכתא בלא טעמא ולא מוכחא ולהוציא הממון מחזקת מרייהו דודאי לא אמרי' לה אלא דברירא לן וה"נ לגבי יורשי' אע"ג דהבן טוען בריא שלא שייר אביו בבית והיורשים טועני' שמא צריך להביא ראייה דכל מה שאביהם יכול לטעון טועני' ליורשי' אלא דוקא טענה דלא שכיחא וכן פסק מהרא"ש ח"א סי' מ"ט דעל הבן להביא ראיה אפי' לגבי היורשי' מיהו אם החזיק בה ג' שנים נאמן לומר שלא שייר בה אביו כלום במגו דאי בעי אמר שלקחה מאביו ואכלה שני חזקה ולא הוי מגו להוציא כמ"ש התוספות בבתרא דל"ב בד"ה והילכת' וכולי עיין שם ונר' דלאו ראיה היא שהרי מדברי הרא"ש שם שכ' וז"ל דכיון דאמר שטר מעליא הוא וזכו בקרקע שהוא מוחזק בה ואע"ג דבתר הכי קאמר שטר זייפא הוא אמרי' מגו להעמיד הקרקע בידו וכ"כ הטור בסי' ק"י בשם הר' יונה עיין שם והתם משום דכבר זכה בקרקע בטענתו אע"ג דחזר ואמר שטר זייפא הוא נאמן במגו דאי בעי קאי בטענה א' אבל אם לא טען כלל אינו נאמן בטענה האחרת במגו דהוי להוציא וכ"כ הר' יונה והרשב"א הובאו בש"מ שם מיהו התם משום דלא החזיק ג' שנים אבל אם החזיק ג' שנים ודאי דנאמן במגו כמ"ש הרא"ש שם וז"ל דלא אמרי' מגו אלא לאוקומי ממונא וכו' כגון אם אמר קמאי דידי זבנא מינך במגו דאי בעי אמר מינך זבינא ואכלתי' שני חזק' וכגון זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי ואייתי חד מינייהו סהדי דאכלה שני חזקה מהימני' ליה להאי דאית ליה שני חזקה במגו וכו' וכן כתב הרשב"א שם ונראה דהכא בלא מגו נאמן דמ"ל טען לקחתיה ממנו או נתן לי במתנה שלא שייר כלום בבית דכיון שהחזיק בה ג' שנים זה הלוקח בכחו מסתמא לקחה דאם לא כן לא היה מניחו להחזיק ג' שני' משא"כ התם דאינו נאמן אלא במגו הש"ך בסימן קע"ו סקי"ג עיין שם :

ג' דין ד' אבל אם בא לתובעו קודם שיאכל הפירו' וכו וז"ל הר"י בעליות הובא בש"מ לבתרא דף ל"ג ועוד א"י וכולי כל זמן שלא אכל פירות והיה טוען דאית ליה זוזי יתירי גבייהו אין כאן מגו כלל שלא מצינו תורת מגו אלא במי שבא לזכות בממון מתוך שהיה יכול לזכות באותו ממון עצמו בטענה אחרת וכיון שהיה מודה רבב"ש שהקרק' היה של יתומים כבר היה מוחזק ועומדת בחזק' וכשהיה תובע אותם מעות להאמינו בשבו' ליטול הממון מתוך שהיה יכול לטעון על הקרק' ולומר שהיא לקוחה בידו ול"ד להאי דאמרינן גבי הנהו עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא דאמרינן דיכול לטעון עד כדי דמיהם דהתם עיזי גופייהו הוה תפיס ניזק והיה מחזיק בהם כדין משכון עד שישלמו לו דמי נזקו והיה נאמן בהם לעכבם בתורת משכון מתוך שהיה יכול לעכבם ולטעון שהם שלו מה שאין לומר כן בעובדא דרבב"ש דלא שייך למי' שהקרק' של יתומים ויחזיק בו למשכון בשביל זוזי יתירי שהיה תובע מתוך שהיה יכול לטעון שהוא לקוח בידו שא"א לומר כן דקרק' בחזקת בעליה עומדת ואין בה תפיסה בתורת משכון עכ"ל מבואר דס"ל דבמטלטלין יכול לטעון עד כדי דמיהם במגו דלקוח כיון שהיה מחזי' בהם כדין משכון אבל בקרק' דלא שייך בה תפיסה בתורת משכון אינו נאמן דלא אמרינן מגו מממון לממון וכ' עוד הר' יונה שם וז"ל דודאי כל זמן שלא אכל פירו' כשיעור מעותיו לא היה נאמן במגו להוציא ממון דלא אמרי' מגו לאפוקי ממונא והאי נמי אף על פי שיש שטר בידו כיון שאין דינו ליטול מהיתומים אלא בשבו' אם באת' לומר שיטול בלא שבו' במגו הו"ל מגו לאפוקי ממונא וכ"ל שאין ללמוד מכאן דלא אמרינן מגו לאפוקי ממונא דהא א"ל לכך לא היה נאמן וכו' דלא אמרינן מגו זה ליטול בלא שבו' ואף על פי שמשיב אבידה הוא כיון שחייב לישבע וליטול אם אין שם מגו וכן הסכימו הגאונים במלוה על המשכון

המשכון וכו' עכ"ל והטור לא כתב בשם הר' יונה הני טעמי אלא שלא מצינו מגו אלא במי שבא לזכות בממון וכו' ונראה משום דס"ל דאמרי' מגו אפי' לאפטורי משבו' כדעת אביו הרא"ש שכתב בסימן ל"ג עיין שם וס"ל נמי דאמרינן מגו להוציא בשטר מעליא אפילו לא היה נוטל אלא בשבו' · ומה שפסק' הרב ש"ך דא"כ דכלא"ה יהא נאמן במגו דהחזרתי ופרעתי מה שאכלתי וא"ל כיון דקטני' היו לא שייך לומ' פרעתי להם דהא כ' הרשב"א בסימן אלף מ"ו ור' ירוחם בנכ"ד דנאמן לומר פרעתי לאפטרופו' של קטן ומביאם הב"י סי' רנ"ה ע"ש לק"מ דכיון שהוא סבור שנטל כדין דהלא חייב לו אינו עשוי להחזיר ואפי' טען החזרתי אינו נאמן וכ"ש שאינו נאמן בטענה אחרת במגו דהחזרתי וכה"ג כ' מהרימ"ט ח"א סימן ק"ה וז"ל וגם בחובות שהיו ביד אחרים וגבאתם היא ונכנסו לרשותה וכו' נר' דלא היתה נאמנת לומר החזרתי דכיון דמעיקרא אמרה שבעלה נתן לה הנכסים במתנה ולכך תפשתם אינה עשויה להחזיר דמי יימר דמחייבו לה רבנן דומיא דההיא דר"פ דבתרא דבחזק' שלא נתן וכו' דאמרינן מי יימר דמחייבו ליה רבנן וכולי וכה"ג כתב הרא"ש בתשו' כלל פ"א עיין שם וכ"כ הג"א וכ"כ מהרימ"ט בח"מ סי' ל"ז והר' גנת ורדים כלל ג' סימן מ"ח כתבתי דבריהם בסימן פ"ז דין ל' עיין שם וכן מצאתי להרמ"ה בפרק חזקת הבתים סי' כ"ז וזה לשונו דכל היכא דאיכא סהדי דאכלי ותב' לפירי מיהו לא מסהדי. דאכלי אכילה דק"ל חזקה בגווה ל"ש טען לקוחה היא בידי ולא של אבהתי הדרא ארעא והדרא פירי ול"מ אמר דידי אכלי דהא אתברר דפירי דלאו דידיה אכל וליכא מגו דליהמניה דא"כ טעין החזרתי לך נמי לא מהימן דהא דהוא דידיה אכליני' ומימר אמר מי יימר דמחייבו ליה רבנן וכל כה"ג דפרעתיך בתוך זמני דמי וכו' עד כאן לשונו ונ"ל ראיה מדאמרינן בפרק המקבל ההוא שטרא דהוה כתיב ביה שני' סתמא מלוה אומר ג' ולוה אומר ב' קדים מלוה ואכיל לפירי מי נאמן רב יהודה אמר קרק' בחזקת בעליה עומדת וכולי ע"ש ברש"י ואמאי אין הלוה נאמן במגו דהחזרתי והש"ך בסי' ש"ז סק"ז כ' דמיירי שאכל בעדים דאל"כ אפי' א"א לברר אין מוציאין מידו מטעם דאית ליה מגו דלא אכלה עיין שם ואכתי אפי' אכל בעדים אית ליה מגו דהחזרתי דאפילו התפיס' דמיא לגזל הא קיימא לן דהגוזל את חבירו בעדים אין צריך להחזי' לו בעדים ונאמן לו' החזרתי אע"כ כיון שהוא סבור שאכל כדין אינו עשוי להחזיר מטעם דמי יימר דמחייבו ליה רבנן ועוד שהרי כ' התוס' בבתרא בח"ה וז"ל מגו דאי בעי אמ' לקוחה היא בידי תימא מ"ד דרב"ש דאפילו היה טוען לקוחה היא בידי שבו' היסת לעולם צריך וכו' וי"ל דאין נשבעי שבועת היסת אלא היכא דטעין ברי אבל הכא לאו טענת ברי היא שאין ודאי ליתומים שקרק' זו אינה לקוחה בידו הילכך אי הוה טעין לקוחה היא בידי אין צריך שבועת היסת עכ"ל וא"כ אם היה טוען החזרתי היה צריך שבו' היסת כיון דטענת ברי היא:

ושוב מצאתי להרדב"ז חלק שלישי סי' תקי"ז בראובן שתפס ממון יורשי שמעון וטען שהוא חייב לו ואחר כך מת ראובן כתב וזה לשונו וכן כל טענה שלא הוברר חיובא שאין אדם פורע מה שעדיין לא נתברר אם חייב אם לא בב"ד שאין יתומים שמעון יכולי' לטעון שמא אביהם החזיר המעות שלקח או התפיס לררי וכולי אפי' את"ל שאביהם היה נאמן לומ' החזרתי ואנו טועני' ליתמי נמי דהו"מ אביהם למטען ל"ק דלא טענינן להו אלא מילתא דשכיחא אבל מילתא דלא שכיחא לא טעני' להו וכיון דראובן אתפסי' בחובות ולעולם היה אומ' דחייב לו שמעון ממקום אחר יותר ממה שתפס ואי לא החזירם הילכך לא טעני' ליתמי שמא אביהם החזיר דמילתא דלא שכיחא היא וכולי עכ"ל הרי דס"ל דאפילו אביהם אינו נאמן לומ' החזרתי דכיון שהיה סבור שהוא חייב לו ואת"ל דאביהם נאמן לא טעני' הכי ליורשי' דמילתא דלא שכיח' היא מיהו בתשו' אחרת סימן תל"ט פסק הרב כהרי"ף והראב"ד והרמב"ן דטעני' ליורשי' כל מה שאביהם יוכל לטעון וכ"כ דעת הרמב"ם עיין שם באורך ומ"מ הכא אפילו אביהם אינו יכול לטעון:

מרן הב"י הביא תשו' הרשב"ץ ודחה דבריו וכ' הב"ח וז"ל ונלע"ד דעובדא הכי הוה ראובן משכן חצירו לגוי בסך מעות וקבע זמן לפירעון והרשהו שאם לא יפרע לו לזמן שקבע לו שימכור החצר ובדיניהם הי"ל רשות למוכרו כפי התנאי אלא שלא מכרו ואחר שמת ראובן תבע הגוי לבנו ונתפשר עמו שלא למוכרו בתנאי שיתן לו קצת מעות והשאר יתן לו מעט מעט ולא קיים הבן תנאו ונתבטלה הפשרה וחזר הגוי לאיתנו הא' ולתנאו שעם ראובן ומכר הקרק' כמו שהרשהו ראובן שאם לא יפרע לזמן שקבע שהרשו' בידו למוכרו ופסק הרב כיון שמת וכולי בטלה הרשאתו וא"א לומ' דכיון שמת נכנס יורשו תחתיו והרי הגוי עומד מכח היורש שהוא חי שהרי מכח היורש אין לו רשות למכור כיון שנתפשר עמו שלא למוכרו וכולי עד כאן לשונו ותשוב' הרשב"ץ היא בח"א סימן כ"ב ומבואר שם דכח ורשות היה ביד הגוי למכור אלא דנתפשר עם הבן בתנאי שיתן לו עכשיו סך וקבע לו זמן ה' שנים לפרוע השאר מעט מעט ואח"ך הלך הבן לעיר אחרת ונתעכב שם לקרוב לשנה והגוי מכר הקרקע סוף הזמן ולכך המכירה בטילה אפילו בדיניהם כיון שמכר בתוך הזמן ולא בטלה הפשרה אבל אם מכר אחר הזמן שבטל הבן תנאו נראה דחזר הגוי לתנאו הא' עם האב ולא בטלה הרשאתו שיוכל למכור והרשב"ץ שם כ' עוד טעם אחר דאפי' בחיי המורשה אין מכירת הגוי המורשה כלום דהא קיימא לן דאין שליחות לגוי עיין שם ואף על גב דכתב הטור בסימן קכ"ג בשם ר"ת דיכול לשלוח הרשאה ביד גוי ואף על גב דקיי"ל שליח שווי' דאין שליחות לגוי ה"ד לענין שלא יוכל לעכבם ע"ש בב"י ה"ד בהרשאה ממש אבל למכור שא"ן קנין שליח הוא ואין שליחות לגוי והכא מיירי בלא קנין דבהרשאה בקנין אפי' מת לא בטלה הרשאתו כמבואר בסימן קכ"ב עיין שם בהש"ך סק"ו ואף על גב דכל זמן שלא מכרו יוכל לחזור בו ולומר שלא ימכרנו אפילו היה בקנין כמבואר בתשו' הרשב"א סי' ע"ג עיין שם בהש"ך ס"ק כ"ב הרי גם בהרשאה שהקנה לו בקנין יכול לחזור ואפ"ה אם מת לא בטלה הרשאתו כמ"ש הש"ך בסי' קכ"ב סק"ט:

סימן קנ"ג

א' דין ו' כך החזיק בעל החצר וכו' היינו בעוד הגג קיים אבל אם רצה לשנות מגג עלייה אין בעל החצר יכול לעכב כן כתב הנ"י בשם הרא"ה והר"ן הסמ"ע וכן כתב מהריב"ל חלק ראשון סימן פ"ד וזה ל' וכבר ידענו סברת הרא"ה והר"ן שיכול לסתור הגג או לבנות עליה וכו' ולא מצינו חולק בפירוש אלא הריטב"א וכתב מהריק"ו דאין לומר קי"ל וכולי עיין שם ואם מת בעל החצר לכאורה נראה דטוענים ליורשים דמורישו קנה הגג

הגג ליהנות ממימיו דאם היה חי וטען כן שמכ' לו כיון שהחזיק שלש שנים נאמן בשבו' וכהאי גוונא כ' הריב"ש גבי נעילת קורות דאם טען מכר לו חלק בכותל לנעוץ בו קורותיו כיון שהחזיק נאמן בשבו' עיין שם והכא נמי טוענים ליורשים וכן כתב מהריט"ץ סוף סימן קפ"ט עיין שם וראיתי למהר"ם אלשיך סי' ל"ד בראובן שיש לו חלון פתוח לגג חבירו והיה יוצא דרך החלון ומשתמש בגג כ' דאפילו נשתמש שני חזקה אינו כלום שהרי כ' הרמב"ם היה מעמיד בהמה במקום מסויים מחצר חבירו וכו' אם נשתמש שם בדברים אלו ג' שנים ביום ובלילה וטען על בעל החצר ואמר אתה נתת לי מקום זה או מכרתו לי הרי זה חזקה ע"כ הרי דאינו יכול אחר שלש שנים לו' מכרת או נתת לי אלא אם כן נשתמש ביום ובליל' ואם כן בנדון דידן שלא היה משתמש אלא פעם בשבוע לפרוש בגד כביסה לא"ו חזקה היא כלל ואם הוא אינו יכול לטעון איך טוענים ללוקח עיין שם והכא נמי מה שנהג' מנימי הגג שיורדים לחצירו לא הוי חזקה ועוד דלא טעני' ללוק' אלא כשהלוקח מחזיק בקרקע והמערע' בחוץ אבל כה"ג שהמערער דר בבית וא' בא מהחוץ ורוצה להחזי' בבית שאתה דר בו מכח שקניתיו מפ' שראיתיו משתמש בביתך שלש שנים שמא הוא קנאו ממך ובעל הבית אומר לא מכרתי לו ודאי דברי ושמא ברי עדיף וכן בכ"ד שהלוק' רוצה להשתמש בגג ראובן בטענת שמא קנאו וראו' שהוא בביתו ובגגו אומר לא מכרתי ודאי דראובן שהוא מוחזק נאמן נגד זה שבא להחזיק מהחוץ עיין שם באורך וה"כ דכווהה אין טוענים ליורשים וללוקח מהאי טעמא דבעל הגג מוחזק בגגו :

ב' דין ח' וכן אם רצה בעל החצר לבנות וכו' עיין בתשובות מהרח"ש חלק ראשון סימן ל"ג :

ג' דין י"ד מי שהוריד מי גגו על חצר חבירו וכו' אם היה שם עוקה מקבלת המים א"ל שמכר לו בענין שיהא פטור מהוצאה לצורך העוקה עד שיפרש ואפשר נמי דאם נהרסה העוקה לגמרי צריך להסי' נטפיו שלא נתן ולא מכר לו רק עוקה זו בלבד ה' בית דוד סימן ד' עיין שם ועיין בתשובות מהר"י ן' מיגש סי' קל"ב שכתב דצריך ליתן עמו בהוצאה לפנות העוקה עיין שם ועמ"ש לקמן בסימן ך' :

ד' דין ט"ז ואפילו היתה קטנה וכו' עיין בתשובות הרשב"ש סימן רמ"ט :

ה' דין י"ח אבל אם טען כותל זה אני שותף בה וכו' ואם טענת מחילה בפי' על הכנס' קורות נאמן במגו שיכול לומר שותף אני כן דעת הב"ח ומהר"ש יונה וה' ט"ז והרב כנסת הגדולה עיין שם וגם מהרשד"ם סימן רס"א שכתב דאין טועני' ליורשי' וללוקח טענה זו משום דסתם הכותל הוא של בעל הבית עי"ש אפ' דמודה לענין מגו דמהני טענה זו כמו טענת נאכסו דמהניא לענין מגו אף על גב דלא טענינן לה ליורשים כמ"ש התוס' ריש גיטין בד"ה ואם וכולי עיי"ש :

ו' אבל אם טען כותל זה אני שותף וכולי כתב מהרשד"ס סי' רס"א דאין טועני' כן ליורש וללוקח דהא דטועני' ליורש וללוקח ה"ד להעמידו בשלו אבל ליות' לא ועוד דסתם כותלי הבית של בעל הבית ואין טוענים ליורש וללוקח הפך הסתם ואף על גב דהריב"ש סבירא ליה דטוענים ליורש וללוקח כי האי גוונא לא קיימא לן הכי עיין שם באורך וה' כנסת הגדולה הגהב"י אות ל"ב כתב דמהרש"ג כתב דכיון דהוי לוקח אחר אין טוענים ללוקח נגד לוקח אחר ותמה שהרי הטור בסימן ק"ת כ' בשם הרמ"ה דאפי' לא טענו אנן טעני' להו וכן מסתבר ושם בסימן י"ז הביא מחלוקת בשם הראב"ד ובעל העיטו' וכתב דמסתבר כדברי הראב"ד דלעולם טוענים להחזיק הממון במקומו ואולי סבירא ליה למהרש"ג דבעל העליי' שבא לבנות נק' מוציא ואפי' להראב"ד והרמ"ה אין טועני' ליורשים נגד יורש אחר אלא להחזיק עיין שם וכן ראיתי לה' גנת ורדים בח"מ בתשובה אחרונה שכתב בנדון דידן דכיון ששניהם לוקחים ושניהם טוענים שמא ראוי ליפות כח בעל הגג עיין שם וכבר כתבתי בסימן ק"ת דבעל העיטור דוקא התם דיורשי המלוה טוענים טענת בריא שלא נפרעו מאביהם סבירא ליה דאין טועני' ליורשי הלו' שמא לחוב ליורשי המלוה שטוענים ברי אבל בשמא ושמ' מודה הרמ"ה דטוענים ליורש והכא נמי טוענים ללוקח נגד לוקח אחר בששניהם טוענים שמא עי"ש ומה שכתב דסבי"ל דבעל העלייה שבא לבנות נקרא מוציא ולכ"ע אין טוענים ליורש נגד יורש אחר אלא להחזיק נראה דס"ל למהרש"ג דטוענים ליורש אפילו להוציא אבל כנגד יורש אחר אין טוענים ליורש אלא להחזיק והכנה"ג בסי' ק"ת הגה"ט אות מ"ד כתב אין טוענים ליורשים אלא להחזיק מהרשד"ס סי' רל"ג וסי' רל"ד אבל מהרי"א בסי' שכ"ח כתב דטוענים ליורשים אף להוציא וכן כתב הריב"ש סי' רי"א ובאות מ"ו כתב דהריב"ש סימן תל"א שכ' דטוענים ליורשי המלוה שמא התנה אביהם שלא תשמטנו שביעית נ"ל משום דהזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא מסיי' להו ולכך טענינן ליורשים נגד יורש אחר אפילו להוציא עיין שם הרי דאף על גב דהריב"ש סבירא ליה טוענים ליורשים אף להוציא מכל מקום כנגד יורש אחר אין טועני' לו להוציא אלא להחזיק וכבר מהרשד"ס סי' רס"א חלק על הריב"ש דסימן רי"א וסבירא ליה דאין טוענים ליור' לעולם אלא להחזיק אבל מהרש"ג סבירא ליה כהריב"ש ומהרי"א דטענינן ליורשים וללוקח אף להוציא אבל כנגד יורש ולוקח אחר אין טוענים להם להוציא אבל לא מסתב' כלל דאם טוענים ליורשים אף להוציא מבע"ד שהוא טוען בריא כל שכן שטוענים ליורשים נגד יורש אחר ששניהם טוענים שמא וכי האי גוונא כתב הרשב"א במיוחסו' סי' כ"ב גבי כת"י דאם הלוה שהוא טוען ברי אינו נאמן וכ"ש בטענת שמא דיורש ומהר"י קולון שורש ק"מ כ' דקיי"ל דאפילו בית דין טוענים ליורש שמא פרע אביו וכל שכן כשהוא טוען בעצמו עיין שם אלמא טענת יורש גרועה מטענת הלוה עצמו וכן לגבי הנתבע אם מוציאין ממנו שהוא טוען ברי וכל שכן שמוציאין מיורשיו שהם טוענים שמא וכבר כתב מהר"ס בתשובות המיי' דשייכי להלכות אישות סימן ה' וז"ל וכל מאי דטענינן ליתמי מאי דמצי למטען אבוהון ה"מ להחזיק בשלהם דאי לאפקועי ממונא נמי לא שבקת חיי לכל בריה וכן כתב מהר"י ן' מיגש בתשו' סימן קכ"א דלהוציא מאחרים אין חי' בין יתומים לאחר וכן כתב הרשב"א בתשו' חלק שני סימן מ' ע"ש וכן כתב הרב כנסת הגדולה בסימן קמ"ו הגהות הטור אות מ"ג בשם הריטב"א בחי' בתרא דהא דטועני' ליורשי' וללוקח דוקא לאוקומי ממונא והרב פרח מטה אהרן חלק ראשון סי' כ"ו וסי' קכ"ד כתב דאפילו למאן דאמר דאין טועני' ליורשי' לוה במלוה בשטר האי טעמא משום דאיכ' חזקה דשטרך בידי מאי בעי דמסייע ליורשי המלוה אבל לעולם טוענים ליורשים להחזיק אפילו נגד יורשים אחרי' עיין שם ואם כן (עכ"מ) :

ז' דין ד' אין לו לנעוץ וכו' היינו דוקא כשבא בטענ' מחילה

מחילה אבל אם בא בטענת פיום בדמים נשתעבד בעל הכותל לעולם ואפי' נפל הכותל ובנה כותל אחר יש עליו שעבוד ויסמוך עליו קורות מהרמ"ג סימן ס"ב והביאו ה' כנסת הגדולה עיין שם ונראה דאין טוענים ליורשים או ללוקח טענה זו להשתעבד הכותל דאין טוענין להם אלא שלא להוציא מהיורש והלוקח אבל הכא דאפש' דלא החזיק אלא אותו כותל בטענת מחילה אין טוענים להם מכירה לשעבד כותל החדש דהוי כמוציאין ממון ואין טוענים ליורשים להוציא אלא להחזיק ואפילו בעל הקורה חי וטוען ברית שמכר לו נראה דאינו נאמן אלא ישבע בעל הכותל וכן ראיתי להרב גנת ורדים בתשובה אחרונה חלק על מהרמ"ג וזה לשונו דאם נפל הכותל וחזר לבנותו אין לו לטעון בו דכיון שגוף הכותל של ראובן אלא שטוען שיש עליו שעבוד ואפילו קנה במעות אמדן דעתא שלא שעבד לו רק כותל זה ול"ד לשעבוד בעל הבית לבעל העלייה דהתם אומדנא גדולה שנשתעבד לעולם ומכל מקום בנדון הרב הדין אמת בתנור שהיה בחצר שנשתעבד החצר להיו' שם תנור ואפילו נפל התנור הא' דנשתעבד החצר לשאר תנורים דלורך התנור לאנשי החצר הוא צורך גדול ומסתמ' אמרינן כיון שנתפייס בעל החצר להעמיד שם תנו' נשתעב' לעולם ועוד נ"ל הטעם דבעל החצר אינו נוציא הוצאות בבנין התנור רק שנשתעבד להניח התנור מה שאין כן בכותל שהוא מפסיד עיין שם באורך ונראה דבנדון התנו' הדין אמת מטעם שכתב הרשב"א בתשובות הביאה מרן הב"י וזה לשונו וכל שגוף הדבר שנשתעבד ישנו בעול' לא נסתלק השעבוד שאלו מי שיש לו שעבוד על כותל חבירו לנעילת קורה אף על פי שנשברה אותה קורה לא נסתל' השעבוד שאין השעבוד לאותה קורה אלא לנעילת קורה וכן לא נשתעבד החצר לשפיכת מים של אותו מרזב וכו' עיי"ש וכן פ' מרן ועיין בס' בית דוד סי' כ' ומהריט"ץ סימן רפ"ט כ' דהרשב"א שכתב אם הכותל ומקום הכותל ידוע לשמעון וכולי נ"ל שלא הניחו לסמוך אלא בתורת חסד אבל אם הוא שותף בכותל ונפל בודאי שיחזור ויבנה כבתחילה תדע דהא בית ועלייה שנפלו אין בעל הבית יכו' לעכב על בעל העלייה מלבנות משום שהם שותפי' באוי' והביא תשו' הריב"ש דאם בא בטענת מכר שיש לו חלק בכותל נאמן וטוענים ליורש וללוקח עיין שם באורך ולא זכרו מה שכתב הנ"י והביאו מרן הב"י וזה לשו' הסכימו האחרונים שאין לו חזקה אלא בתשמיש כותל זה בעוד שהוא קיים אבל אם נפל אבד חזקתו שאין לו חלק בגוף הכותל לא במקום ולא באבנים אף אם בא בטענ' מכיר' דלעולם נימא בלא מכר אלא לתשמיש הנעילה וכו' אבל אם החזיק בתקרה ומעזיבה ובא בטענת מכיר' או מתנ' יש לו חזקה אף בגוף הכותל וכן כתב הרב יונה עכ"ל הרי דאפילו קנה במעות לנעוץ שם קורות אם אין לו חלק בגוף הכותל אלא שעבוד בעלמא לנעוץ בו כשנפל אבד חזקתו לאפוקי אם יש לו חזקה בכותל ובאבני' וז"ל הרשב"א הובא בספר א"ז לבתרא ומסתברא אם אין לו חלק בכל הכותל אלא שעבוד כגון הבית והעלייה של שנים שהתחתון אין לו למעלה מהבית כלום והעליון אין לו בבית כלום אלא שעבוד בלבד בזה ודאי אין לעליון לשנות להכביד וכו' הילכך אם תמצא לומ' דהא דר"ן דאחזיק להודרי אחזיק לכשורי לאו בחזקת דגופו של כותל קאמ' שאם נפל שיחלוק לא במקום הכותל ולא באבנים אלא חזק' שעבוד בלבד לימי הכותל גם זו במקו' שנהגו כדברי הראב"ד אבל אם חזקה גמורה היא להיות שותף בכותל ולחלו' במקו' ובאבני' הרי כעין משנתינו וגוען ומכביד ואין נמחים בידו עכ"ל א"כ כל שאין לו אלא רק שעבוד בלבד אפי' קנה השעבו' במעות אין לו חזקה אלא לימי הכותל ואם נפל אבד חזקתו אבל אם יש לו חזקה להיות שותף בכותל אפי' נפל חוזר ובונה ומכביד ואינו יכול לעכבו וזה שכתב הרשב"א בתשו' אם הכותל ומקום הכותל ידוע לשמעון וכולי רוצה לומר דאין לזה רק שעבוד בלבד ולאפוקי אם היא חזקה גמו' דהוי שותף בגוף הכותל ואם כן לפי מה שפסק בסי' ס' (אמר המגיה עד כאן מצאתי) :

סימן קנ"ד

א' דין ג' ואם פתח יסתום וכולי א' שפתח חלונות בביתו לר"ה ומשם יש הז"ר לחצר חבירו ועשה לפני החלון מחילה של קרשים ובזה מסתלק ההיזק כ' ה' פמ"א סימן ע"ח שזה תלוי דמחלוקת של' הטור סימן קנ"ז גבי כותל וז"ל ואם יש מנהג לעשותו מאבני' ואמר א' אני אעשנו כולו משלי בהוצא ודפנא י"א שחבירו מעכב עליו לומר נעשנו בין שנינו כפי המנהג שהיום או למחר יפול ואצטרך לדון עמך בכל פעם ופעם וי"א כיון שמסיר מעל חבירו היזק ראייתו אינו יכול לכופו ביותר ולזה הסכים א"א הרא"ש ועיין שם בב"י דהגמי"י בשם הרב רב למח גאון והמרדכי ור' ירוחם ס"ל כהרא"ש והנ"י יחיד בדבר ואפשר דהכא כ"ע מודו דשאני התם דשניהם מזיקי' זל"ז ומן הדין חייבי' שניהם לבנות הכותל ומ"ה יכול המערער לעכב ולומר נעשנו בין שנינו כפי המנהג ולא משלך בהוצא ודפנא דיפול למחר ואצטרך לדון עמך בכל פעם ופעם אבל המזיק את חבירו דהחיוב עליו לסלק ההיזק סגי לסלקו בהוצא ודפנא ואין חבירו מעכב עליו עס"ב אבל ראיתי בס' א"ז ריש בתרא של' הרשב"א וז"ל עוד יש מרבוותא שפי' וכו' אבל אם רצה לכנוס בתוך שלו כונס ובונה כמו שירצה ואפילו בהוצא ודפנא וכולי ואינו מחוור בעיני כלל שהרי וכו' ועוד דבזה נחלקו רב הונא ור"ח לקמן גבי ב' חצירות זו למעלה מזו דר"ה אמר תחתון בונה מכנגדו ועולה כלו' הוא לבדו בלא סיוע של עליון לפי שהעליון יכול לומר איני צריך ליסוד שאני יכול לבנות ערא' בתוך שלי אפילו הוצא ור"ח סבר עליון מסייע מלמטה דקסבר דאפילו זה בונה בע"כ כמנהג המדינה וכולי וקי"ל כר"ח דתניא התם כוותיה וכן פי' הראב"ד וכן עיקר שיכול זה לומר אף כשתכנוס לתוך שלך איני רוצה להיות עמך בכל שעה בדינא ודייני עכ"ל וע"ש דברי הראב"ד בסוף דף ו' הרי דאפי' אינו חייב לבנות אלא הוא אינו יכול לבנות בהוצא שלא ילטרך חבירו לדון עמו בכל פעם וכן מצאתי להרמ"ה בתשו' סי' רפ"א שכ' וז"ל כך ראינו שכיון שהחלונות הללו יש בהם הז"ר לשמעון חייב ראובן לסתום בבנין קבוע וכך היה מעשה בא' שפתח חלונית לחצר השותפין ובא לפני ר' חייא ז"ל יגעת בני ופתחת יגע בני וסתום ומעשה זה מלמדנו שבדרך שפתח כך הוא חייב לסתום ואם זה ראובן טען שהוא צריך לצאת מהם לגגו להשתמש וכו' חייב לעשות לו מעקה של נסרים קבועים וכו' אבל מחילה של קני' אינו כדאי לסלק היזק ראייה אלא במקום שנהגו וכולי עכ"ל הרי דאפילו אינו חייב לבנות אלא הוא כגון מעקה או לסתום החלונות לסלק היזק ראייה לא סגי במחילה של קנים אלא במקום שנהגו ולכאורה שזה תלוי במחלוקת שכ' מרן סי"ו דעת הרא"ש דהפותח חלון לרשות חבירו שעכשיו אינו מזיקו הז"ר אין שכינו יכול לעכב עליו אבל הרשב"א ורוב הפוסקים ס"ל דיכול לעכב עלינ דלא בעי למיקם

למיקם בהדיה למחר בדינא ודייני כשיבא לבנות והכי נקיטינן ע"ש וה"נ בעושה מחילה לסלק ההיזק יכול לעכב עליו מה"ט דלא בעי למיקם בהדיה בדינא ודייני למחר אם יפול והרא"ש והרשב"א דפליגי גבי כותל לטעמייהו אזלי וא"כ למאי דקי"ל התם דיכול לעכב עליו וה"ה הכא ומהרש"ך ח"ב סימן קל"ב כ' דדוקא בפותח חלון על גג של רעפים קאמר הרא"ש שלא יוכל למחות בעל הגג בבעל החלון כיון דעכשיו ליכא הז"ר רק אם ישתנה רצונו של בעל הגג לפתוח גגו וכיון דבשעת פתיחת החלונות אין כוונת בעל הגג לפתוח גגו לא חיישי' לשנוי רצונו אבל בכ"ד חיישי' שמא המזיק עושה עתה החלונות ע"י מסך לסתום פי המקטרג עליו ואחר ימים יסיר המסך ויהיו החלונות פתוחות לכך יכול לעכב עליו מחמת שיפול ויתעלל בתקונס או שהוא בעצמו יסיר המסך ולא בעי למיקם בהדיה בדינא ודייני עיין שם הרי דס"ל דלכ"ע אינו יכול לפתוח חלונות כנגד חלונו' חבירו אפילו ע"י מסך אבל כאיתי למרן בס' אבקת רוכל סימן קכ"א שכ' וז"ל על ראובן דרוצה לפתוח חלון על גינתו של שמעון ומניח לפניה שמשים של זכוכית וכולי אם יכול לעכב עליו משום הז"ר מפני שמחילה של זכוכי' ברוב הימי' נשברת עוד שאלת אם יכול לעכב עליו מפני שהיו' או למחר יבנה שמעון בגינתו בעד החלון וראובן יעכב עליו מפני שמאפיל על חלונו וראובן אומר אכתוב לך שטר וכולי תשו' נראה דטענה דמשום הז"ר אינה טענה מפני שמחילה של זכוכית הויא אמילה ואין בה משום הז"ר שהרי מפסקת וחוצצת וכולי ואין לחוש שמא ברוב הימים ישברו דגם מחילה של אבני' וכו' שהרי במחיל' קני' מספיק למנוע הז"ר כמ"ש הרמב"ם ומחילת קני' עשויי' ליסתר בזמן מועט כמו מחילת זכוכי' אדרב' אפשר דיותר מתקיימת מחילת זכוכית ממחילת קני' כולי אבל מה שטען לעכב עליו מפני שכשיבא שמעון לבנות יעכב עליו ראובן מפני שמאפיל על החלונות טענה היא ואע"פ שראובן אומר שיעשה לו שטר כיון ששמעון טען שיאבד השטר או יאכלוהו עכברי' ואפסיד זכותי הדין עמו וכו' עכ"ל :

ב' הגה ובפתח כנגד פתח לא מהני חזקה וכו' כ' הסמ"ע נראה דאפי' כשיש עדים שמחל לו או נתן לו שטר או קנין על זה לא מהני כיון שיש איסור בדבר אבל להי"א דס"ל דבחלון כנגד חלון מהני וס"ל דהאיסור בקפידה תליא מילתא ומ"ה חלון כנגד חלון דלא רגילי לקפוד כ"כ מהני חזקה ס"ל נמי דמהני אפי' פתח כנגד פתח מחילה גמורה או שטר וקנין דלא עדיפי' מקוטרא ובה"כ עד כאן לשונו וז"ל הרמ"ה בפרק ח"ה סימן ר"ף מיהא שמעינן וכולי אף על גב דאחזיק נמי לא מהנינן בזה חזק' דאס"ד לענין דינא לחוד קאמרינן מאי ראויים הללו שתשרה עליהם שכינה דמשמע דאין פתחיהם מכוונים זה לזה הא לא"ה לא וכו' דילמא נמחל הוא דמחלי גבי אהדדי אטו מאן דמחיל היזקי' גבי חבריה גריעותא היא אלא משום דלא מידי דמשתריא במחילה הוא ודוקא פתח כנגד פתח דלא סגי דלא מסתכל וכולי אבל גבי חלון דאפשר ליה לאשתמושי ולא אסתכל ברשות' דחבריה אף ע"ג דלכתחילה יכול למחות אי אחזיק ביה ק"ל חזקה וכולי וכי תימא אי מידי דאית ביה איסורא הוא ולא איסתרי במחילה כי מרצו תרווייהו בהכי נמי אמן היכי שבקינן להו שאני הכא דהרחקה יתירא הוא וכולי עיין שם באורך הרי דסבירא ליה דחלון כנגד חלון אסור לכתחילה אבל מהני חזקה ומחילה ובפתח כנגד פתח לא מהניא חזקה ומחילה אבל אם נתרצו שניהם בכך שבקי' להו וה"נ למאן דאמר חלון כנגד חלון לא מהני חזקה מחילה גמורה או שטר וקנין ודאי דמהני לכ"ע אף על גב דמידי דאיסורא הוא ולא משתרי במחילה מ"מ אם נתרצו שניהם אין כופין אותם וכתב מרן הב"י דמדברי רשב"ס נראה דחזקה לא מהני אפילו בחלון שכתב לא יפתח לחצר השותפין אפי' היכא דיש לו חזקה והב"ח כ' דרשב"ס מיירי בחזקה שהיה לו כבר ונפל הבית ובשבא לחזור ולבנות ולפתוח פתח וחלון במקום שיש לו חזקה הוי פתח כנגד פתח דאסור עיין שם וז"ל הרמ"ה סימן י"ד מדקתני לא יפתח פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון מכלל דאי בעי למפתח שלא כנגד פתחו של חבירו לא מצי מעכב והא אנן תנן לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין וכולי אלא מסתברא דכי אצטריך מתני' דהכא לאשמעי' כגון דהו"ל פתח וחלונות בחצר השותפין ובעי לשנוייהו מדוכתייהו לדוכתא אחריתא בחצר ולמסתמינהו לקמאי לגמרי דאי מפיש בהיזקא כגון דפתח פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון מצי לעכובי עליו ואי לא לא מצי לעכובי עליה וה"ה היכא דהו"ל פתח' וחלונות וכו' כנגד ההוא פתח סתום וכנגד ההוא חלון סתום וחזייה האי ושתיק ליה והשתא קאתי מאריה האי פתח סתום והאי חלון סתום למפתחינהו לית ליה רשות למפתח פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון וכולי עכ"ל מבואר דס"ל דמתני' אשמעי' דאם היה מוחזק בפתח וחלון ועכשיו בא לסותמו ולפתוח אותו כנגד פתח וחלון חבירו אינו יכול ואפי' אם היה פתח וחלון וסתמם ולא פרץ פלימי' ופתח חבירו פת' וחלון כנגד ההוא פתח סתום וראה ושתק לו ועכשיו בא לפתוח אותו אינו יכול ואם כן נראה שכן כוונת רשב"ס דמיירי בחזקה שהיה לו כבר בכה"ג והרמ"ה שכ' דבחלון כנגד חלון מהני חזקה ודאי מיירי בהחזיק עכשיו באיסור כמבואר בדבריו :

ג' דין ז' הרי שפתח חלון וכולי הרא"ש ריש בתרא והביאו הטור סימן קנ"ז כת' גבי חצר של שותפין לא שייך חזקה דכיון דהמחזיק ניזק כמו שהוא מזיק יכול לומר לו לא חששתי למחות כיון שאני מזיקך כמו שאתה מזיקני והייתי ממתין אולי תפתח אתה לתבוע וגם היזק תדיר הוא זה ודמי כקוטרא ובה"כ ול"ד לחלון דהתם לאו היזק תדיר הוא וכולי עיין שם ונראה דס"ל אפילו על ידי מעשה אינה חזקה וכ"כ הריטב"א בתשו' הביא מרן הב"י וז"ל ועוד שאפי' למאן דאמר הז"ר יש לו חזקה ה"מ בחלון הפתוח לחצר דבעל החלון מזיק לחצר ובעל החצר לא מזיק ליה והו"ל למחות אבל חלון כנגד חלון דתרווייהו מזקי אהדדי לא הא למה זה דומה להז"ר דשותפין בחצר כגון כותל חצר שנפל או חצר שהחזי' בלא כותל באמצע שאין בו חזקה וכו' הסכימו כל גדולי העולם וכו' וכן מצאתי להרמ"ה וכו' עכ"ל מבואר דסבירא ליה דאם מזיקים זא"ז אפי' בחלון דעשה מעשה לא הוי חזקה ומהרא"ר"ב בספר לחם רב סימן קמ"ד הק' על הטור דבסי' קנ"ז הביא דברי הרא"ש דאם שניהם נזוקים אין להם חזקה ובסימן קנ"ד כתב בשם הרמ"ה בחלון כנגד חלון דיש לו חזקה ותי' דס"ל להרמ"ה דאפי' מזיקי' וניזוקי' ע"י מעשה הוי חזק' כמו פותח חלון כנג' חלון ולא אמר הרא"ש אלא גבי חצר דהוי ממילא וא"כ לא פליגי הרא"ש והרמ"ה אבל הריטב"א ס"ל אין חי' דכל שמזיק וניזוק אפי' על ידי מעשה אין לו חזקה עיין שם באורך וליתא דהא כ' הטור בשם הרא"ש ול"ד לחלון דהתם לאו היזק תדיר הוא וכו' משמע דבחצר אפי' על ידי מעשה דומיא דחלון לא הוי חזקה :

וכ"כ

וכ"ב הרמ"ה בפרק השותפין סימן כ"ה וז"ל ואפילו עביד מעשה כגון דהוה מעיקרא כותל ביניהם ופרצו בידים וחזייה חבריה ושתק ול"ד להיזק דחלון וכו' דאו היזק תדיר הוא וכולי עיין שם וכן הוכיח הרשב"א במיוחסות סימן ל"ב דאפילו עשה מעשה אין לו חזקה עיין שם אבל לדעת מהר"י ן' מיגש והרמב"ם הכא נמי בחצר אם עשה מעשה כגון שהיה כותל מפסיק ביניהם ופרצו בידים יש לו חזקה כמו בחלון וק' על הטור בסי' זה שכתב אבל א"א הרא"ש כתב שיש לו חזקה וכן כ' הרי הלוי ע"ש דהא איכא ביניהו בחצר השותפין דלדעת הרא"ש אין לו חזקה אפילו על ידי מעשה ולדעת מהר"י ן' מיגש יש לו חזקה על ידי מעשה וכן בחלון והרשב"א בתשובות והביאו הב"י כתב דהראב"ד סבירא ליה כהר"י ן' מיגש ותמה הרב כנסת הגדולה אות מ"ב דהראב"ד בהשגות פרק ז' מהלכות שכנים כתב כדברי הרי"ף ותי' דלגדדים קאמר דהר"י הלוי סבירא ליה דיש לו חזקה בכל ענין וכן הראב"ד סבירא ליה דיש לו חזקה היכא שאין מזיקין זו את זו לאפוקי דעת הרי"ף בכל ענין אין לו חזקה עיין שם ולשון הרשב"א בתשו' חלק שני סי' ק"ף שכתב ויש פי' אחר להראב"ד באותה שמועה ומכל מקו' מודה הוא לדברי מהר"י ן' מיגש שיש לו חזקה עיין שם וכן איכא למימר דהטור סבירא ליה דלגדדים קאמר דהרא"ש סבירא ליה דיש לו חזקה כשאין מזיקין זה את זה והר"י ן' מיגש סבירא ליה בכל ענין יש לו חזקה וכן בחצר אם עשו מעשה לדעת מהר"י ן' מיגש יש לו חזקה ולדעת הרא"ש אין לו חזקה אפילו על ידי מעשה כיון שהם מזיקין זה את זה ולאפוקי דעת הרי"ף דבכל ענין אין לו חזקה ועיין במהרימ"ט סימן ק"ז מיהו מהריב"ל חלק שלישי סימן ל"ג כתב בשם הר"ן בחידושיו שכתב תירוץ אחר בשם הראב"ד כדברי מהר"י ן' מיגש והרב בני אהרן סימן ע"ז לדד דלא פליגי והביא סיוע מדברי הרב יונה שכתב בשם הר"י והראב"ד הטעם דבחל' אין לו חזקה משום דגם הניזק מזיק ומסתמא הוא רבו של הרמב"ם אבל ראיתי בשיטה מקובצת לבתרא שהביא דברי מהר"י ן' מיגש ולא הביא רק חילוק דעשה מעשה עיין שם בארוך ובאמת דבשיטה מקובלת ריש בתרא והרשב"א בתשובות חלק שני סימן ק"ף לא כתב בשם הר"י הלוי רק חילוק דעשה מעשה עיין שם אבל בספר מהר"י ן' מיגש ריש בתרא כתב וזה לשונו ואי קשה ליה הא דתנן חלון וכולי שאני התם דיש לומר דבעל החלון מזיק לבעל החצר אבל בעל החצר אינו מזיק לבעל החלון וזה פתח חלונות ושתק בעל החצר שמע מינה אחולי אחיל ליה אבל בחצר דתרווייהו מזקי אהדדי והיזק של ראיה שוה לשני וכולי אי נמי מכי פתח ליה לחלון ושתק ליה חבריה הוי חזקה דהא מעשה קעביד בידים אבל גבי שותפין דדיירי בחצר אחד דחד מנייהו לא עביד בידים מידי ביה היזק ראייה וכולי עיין שם ובשיטה מקובלת לבתרא לדף כ"ח עמוד שני כתב בשמו בסגנון אחר וזה לשונו ואי קשה ליה הא דתנן השותפין וכולי שאני התם דקמי דליפלוג וכולי דמצי אמר ליה הא דלא עבידנא בהדך מחיל' וכו' מקמי הכי משום דאכתי לא פליגנא בהדך ולא איתברר אי מינייהו חולקי ואי מינייהו חולקך ואמינא כי פליגנא בהדך עבידנא מחילה והשתא דפליגנא בהדך עבידנ' מחיל' ועוד א"כ פליג ברוחות ואיתברר חולקא דכל חד מינייהו ואחזוק דדיירי בו בתר הכי בהדדי בלא מחילה אכתי לא הוי חזקה משום דלא עבד חד מינייהו מידי בלי חזיק ביה וכולי עיין שם מבואר דסבירא ליה דאם נתברר חלק כל אחד והיה כותל מפסיק ביניהם ופרצו בידים ושתק הלה הוי חיזוק על ידי מעשה אף על גב דהיה היזק ראיה שוה לשניהם :

ד' דין ט"ן אבל במקום וכולי כ' הסמ"ע דאם רצה השני ירחיק זיזו מכנגד זיז הראשון ויפת' בו ג"כ ויאמר לא' מה ראית שתקדים חלונך ותאסור עלי מלפתוח סתום אתה ואני אפתח וצריכים לעשות פשרה ביניהם וכולי עש"ב ומשמע מדבריו דבדין עלייה כנגד עלייה שהא' זכה אין השני יכול לפתוח חלונות כנגדו וז"ל בפרישה נראה דל"ד לבנות אלא אפילו מותר להוציא חלון כנגדו כגון שירחיק בליטתו וכולי עד שיעשו פשרה ביניה' ול"ד למש"ר לעיל בשם הרא"ש דפליג עם הר"י וס"ל דראובן זכה מההפקר שאני התם דבאמצע ר"ה אין בונים ואותו אויר הוא הפקר עכ"ל הרי שכתב דבעלייה כנגד עלייה כיון דבאמצע ר"ה אין בוני' ואותו אויר הוא נפקר אין השני יכיל לפתוח חלון אבל מהרשד"ם סי' רכ"ז ס"ל דהרא"ש דוקא לענין שהשני יכול לבנו' ולהאפיל עליו אבל לפתוח חלונות לא וגם מהרח"ש חלק ב' סי' ה' שפקפק עליו כ' דאין לעשות מעשה כנגדו ע"ש והכנה"ג הגהב"י אות ל' תמה על מרן בב"י שכ' דהרשב"א והריב"ש חולקים על הרא"ש דהרי הרשב"א סימן אלף פ"ה כתב כדברי הרא"ש ומכח זה כתב דאין כוונתו שחולקי' על הדין אלא הטעם וכולי וכן דעת מהרשד"ם סי' רכ"ז והמבי"ט סי' יו"ד עש"ב וכן כתב ה' פני משה ח"ב סימן ס"ד כוונת מרן והסכים הוא ורב אחר דהרא"ש דוקא לבנות ולהאפיל עליו עש"ב וגם דדעת הסמ"ע דהרא"ש ס"ל דיכול ג"כ לפתוח חלונות אין הרא"ש חולק עם הרשב"א על הדין דהרשב"א סימן אלף פ"ה מיירי ב"ב בתים בשני לדי ר"ה דאמצע ר"ה הוא אויר הפקר ולא אמר הרא"ש אלא בבליטתו מצד א' דאין אותו אויר הפקר דיכול כל א' לבנות וא"כ ע"כ על הטעם הוא דחולק ומצאתי למרן בס' אבקת רוכל סי' ק"ז וז"ל ראובן ושמעון יש להם ב' בתים בשני לדי ר"ה זה נוכח זה ויש לראובן עלייה ויש בה חלונות פתוחות לר"ה מזמן קדמון ובא עתה שמעון ובנה עלייה מחדש נוכח עלייתו של ראובן ופתח חלונות לר"ה וכולי לכאורה נר' שהדין עם שמעון מכח תשו' הרא"ש על ראובן שהוליא בליטתו וכולי אבל מלינו להרשב"א שנשאל על ב' בתים בשני לדי ר"ה וכן כתב בתשו' אחר' ראובן שיש לו חלונו' נגד כותלו של שמעון וכו' הו"ל הרשב"א והריב"ש רבים וכולי ועוד דאפשר לומר דע"כ לא קאמר הרא"ש אלא לענין דאין הב' צריך להרחי' בנייתו ד"א מכנגד חלונו שלא יאפיל עליו אבל לענין שהשני רשאי לפתוח חלונו' כנגד חלונו' של ראובן שבניה' נזוקי' זה מזה בהז"ר דאיסור עבדי תרווייהו וע"כ כופים את א' מהם לסתום אפשר דמודה דלענין זה מיהא את השני כופי' לסתום וכולי עכ"ל הרי דס"ל לדעת הרא"ש יכול ג"כ לפתוח חלונות ואין חי' בין זיזין מן הלד לעלייה כנגד עליי' והרשב"א והריב"ש חלוקי' עליו ותשו' הרשב"א היא בח"ב סימן שע"ה והביא הריב"ש סימן ע"ש וא"כ נר' שזה דעתו בב"י אלא שבתשו' חזר וכ' בלשון אפשר דהרא"ש מודה דאינו יכול לפתוח חלונות ולא קאמר אלא לענין דיכול לבנות ולהאפיל עליו אבל לגבי חלונות נהכי קדימ' וכופין את הב' לסתו' ומ"מ הדין הוא ברור דאין השני יכול לפתוח חלונות דהא' זכה וכופי' את השני לסתום וא"כ מרן שפסק כאן דבמקום שרשאי להוצא' הוי כחצר השותפין ואינו הפקר ה"ד לענין דיכול לבנות אבל לא לפתוח חלונות כהרשב"א והריב"ש ואפשר דגם הרא"ש

מודה

מודה ודלא כהכמ"ע ושוב ראיתי לה' דבר משה סימן כ"ח השכים כן עש"ב :

ה' דין ט"ז דעת הרא"ש וכו' בתשו' הרשב"ש סי' ד' פסק כסברא זו ע"ש ועיין בתשו' מהרש"ג בס' משפטים ישרים סי' ס"ד :

ו' דין י"ח דלא וכו' אלא לגריעותא וכו' עיין בס' חוט המשולש ח"א תשובה אחרונה שפסק כן וכן דעת הרשב"ץ והרשב"ש וכבר האריך ה' בגלאל בתשו' סימן ל"ד ע"ש :

ז' כתב הרשב"ש סימן ד' וז"ל וישראל הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי כיון שזכה הישראל בחזק' כשהיה ברשות הגוי שלא היה לומר לגוי לסתום ישראל שקנה מהגוי אינו יכול למחות בו שכבר זכה הישראל מיהו בחלון הגוי שאין בה דין חזק' אע"פ שקנה מהגוי יכול הקונה לבנות ולסתום אורו בפניו שלא אמרו ישראל הבא מחמת הגוי הרי הוא כגוי אלא במה שכבר זכה בו ישראל כשהיתה ברשות הגוי ואלו היה הישראל במקום הגוי היה הישראל יכול למחות בו בדינינו והגוי אינו יכול למחות בו בדיניהם אבל בחלון כזו שאפי' הישראל אינו יכול למחות מטעם שאין לו בה חזקה ואין שם הז"ר עתה א"כ לא זכה הישראל בשום דבר ולא החזיק בשל גוי עד שיאמר כבר זכו בו הישראל ואין הקונה יכול למחות בו וכו' עכ"ל הרי דס"ל דישראל שזכה בחלון על חצרו של גוי זכו ואין ישראל הקונה מן הגוי יכול לסתום לו אבל אם היה לו חלון על גגו של הגוי או על חורבתו דאין עתה הז"ר לא חשיב חזקה וישראל הקונה מן הגוי יכול לבנות ולסתום החלונות הפך פסק מרן ועיין בהסמ"ע והש"ך :

ח' דין כ"ז מיהו כל שלא בנה בפניהם וכולי זה דעת הראב"ד והרמב"ן והרשב"א ועיין בתשו' בשמים ראש סימן רי"ג שהסכים כן ונסתפק שם אם אונה א' את חבירו בחלוקות עד שבאונאתו אף היזק הזה שהוא עושה לו יגיע לשווי החצי נגד חלק חבירו אפשר שאינו יכול לומר הגיעו שכן פוסק ר"ת שאף בקרקעות שהטעהו בחצי המקח בטל וכו' ע"ש ועיין בסי' רכ"ז דאין אונאה לקרקעות כלל :

ט' כתב המבי"ט ח"ג סימן ע"ג על ראובן שפתח חלונו' על גגו של שמעון ברשו' שמעון והחזיק כמה שנים וא"כ מכר שמעון ביתו ללוי וכבר היו החלונו' פתוחי' וכו' וגם עבר זמן רב אחר שקנה לוי הבית ולא ערער על החלונות שעל גג ביתו ונפטר לוי וקם יהודה בנו ורוצ' לבנו' עלייה על גג ביתו שירש מלוי אביו וראובן ערער עליו על שרוצה לסתום החלונו' ולהאפילו כי ברשות שמעון פתח וכבר זכה והחזיק בהם הדין עם ראובן כיון דברשו' שמעון פתח החלונו' אין ללוי וליורשיו כח לסותמ' ע"ש ונראה דה"ד כשהיה לו הז"ר ופתח ברשותו הוא דהוי חזק' אבל אם לא היה יכול לראות בחצר ובגג אין לו תשמיש אין לו שום הז"ר ממנו נראה אין לו חזק' לכ"ע כמבואר בתשובות הרא"ש כלל נ"ט סימן ו' ע"ש :

יו"ד שאלה ראובן שפתח חלון בעלייתו לגג שהוא בשותפו' הוא ושמעון והיה משתמש בו לפעמים ואחר שמת ראובן ערער שמעון על יורשי ראובן שיש לו היזק ראייה כשנכנס לגג יורנו המורה ושכמ"ה :

תשובה לכאורה נראה דמה שהיה משמש בגג הוי חזק' וטוענין ליורש שמכר לאביו או נתן לו וכן משמע מדברי ר' יחיאל בן הרא"ש בתשובות כלל נ"ט סי' ו' שכ' וז"ל וביתו של ראובן גבוה מביתו של

שמעון ויש לו חלון פתוח על גג שמעון וכו' ועתה רוצ' שמעון להגביה ביתו וראובן מערער עליו עד שירחיק ד"א מן החלון והיה נראה לפי מ"ש כיון ששמעון לא היה יכול מתחי' למחות בראובן לפתוח חלונות הואיל ולא היה יכול לראו' בחצירו ובגג אין לו תשמיש ואין לו שום הז"ר הימנו והואיל וגם חזקתו אינה חזקה אם לא שנאמר טוענים ליורשי' וכולי ע"ש משמע דאם יש לו תשמיש בגגו שיש לו הז"ר משם לחצר הוי חזקה כיון שהיה יכול למחו' וכן משמע בתשו' הרשב"א שהביאם הב"י סוף סי' קנ"ה דאם לא היה היזק ראייה הוי חזקה לתשמיש הגג וא"כ לדידן דקי"ל דחזק' מהני להיזק ראייה לאלתר כמו שפסק הרמב"ם ומרן בסי' קנ"ד וז"ל הרי שפתח חלון לחצר חבירו ומחל לו בעל החצר וכו' או שידע הנזק ולא ערער הרי זה החזיק בחלון וכולי ע"ש ה"נ אפילו יש הז"ר מהני חזקה מיד שידע הנזק ולא ערער דכן מיירי התם גם בחלון שיש בו הז"ר דקאי אמ"ש בתחילה מי שבא לפתוח וכו' בעל החצר מעכב עליו שהרי אומ' הזיק לי בראייתו וכו' ע"ש במ"מ וכ"כ הסמ"ע שם סקכ"ב ע"ש וכ"כ הרדב"ז ח"ב סי' ש"ע בכ"ד דאם יש הז"ר בשעה שהוא משתמש בגג יש לו חזקה לדעת הרמב"ם אבל לדעת הרי"ף ורוב הפוסקי' אין חזקה להיזק ראייה ובמקום שאין מנהג יש לפסוק כהרי"ף שכן הכריעו האחרונים ואם רצה בעל החלון לעשות מחילה בגג כדי שלא יוכל להביט בחצר אין כופין אותו לסתום החלון שהרי החזיק בתשמיש הגג וזה פשוט הוא עכ"ל וז"ל מהר"י ן' מיגש ריש בתרא ואי ק"ל הא דתנן חלון המצרי אין לו חזקה ולצורי יש לו חזקה וכו' דש"מ דחלון דאית ביה היזק ראייה אית ליה חזקה שאני התם דבעל החלון מזיק לבעל החצר אבל בעל החצר אינו מזיק לבעל החלון וזה פתח חלונות ושתק בעל החצר ש"מ אחולי אחיל אבל בחצר דתרווייהו מזקי אהדדי וההיזק של ראייה שוה לשניהם וכולי א"כ מכי פתח ליה לחלון ושתק ליה חבריה הוי חזק' דהא מעט' עביד בידי' אבל גבי שותפי' דדיירי בחצר דחד מינייהו לא עביד וכו' ע"ש הרי דהיזק ראייה דחלון ס"ל דהוי חזקה מיד שראה ושתק וכן כתב בתשו' סימן ס"ג וה' עדות ביעקב סי' כ"ו דף קכ"ה ע"ד כתב דבהיזק ראייה דחלון צריך חזק' ג' שנים וטענה דאם גבי חסרון קרקע אמרינן דצריך ג' שנים ק"ו בנזקי גוף אדם ודברי מהר"י ן' מיגש והרמב"ם היינו בחלון שאין בו היזק ראייה עש"ב גם ה' בית דוד סי' ע"ג כתב דליכא מ"ד שיש חזקה להיזק ראייה דחלון לאלתר אלא הרמב"ם עש"ב וליתא אפילו בחלון שיש בו היזק ראייה מבואר בדברי מהר"י ן' מיגש דהוי חזקה לאלתר וכן משמע מדברי הרמב"ם כמ"ש ועיין בתשו' מהר"י ן' מיגש סימן ס"ג מיהו אפשר בכ"ד ההיזק ראייה ליכא בחלון אלא בכניסתו לגג משם רואה חצר חבירו אפשר דלא החזיק דלא אמרו אלא בהיזק ראייה דחלון עצמו דמיד שפתח החלון ניזוק בראייה וידע הנזק ושתק הרי זה החזיק בחלון ועיין במהרימ"ט ח"א סימן ק"ז שכ' דלא אמרו שתהא שתיקתו חזקה לאלתר אלא כשנודע נזקו אבל כל שלא היה ניזוק ממנו באות' שעה כגון פותח לחורבה או לגג של רעפים או חלון למעלה מד' אמות והכרית כן מדאמר ר"נ ולסתום הוי חזקה ומייתי לה אמעשה דאדם א' שפתח חלונות לחצר השותפין וכו' עש"ב וכבר מהר"י ן' מיגש עלמו הוכא בש"מ לבהרא לדף כ"ח ע"ב הק' כן ותי' עש"ב גם ה' עדות ביעקב שם חלק על מהרימ"ט והסכים דאפילו אינו ניזוק עכשיו הוי חזקה לאלתר ע"ש ונראה דגם מהרימ"ט לא קאמר אלא בפותח לחורבה

לחורבה או בחלון למעלה מד' אמות שצריך סולם לעלות אבל בנ"ד שהחלון פתוח נמוך אצל הגג הוי חזקה מיד וכן כתב המבי"ט ח"ג סימן כ"ג דהפותח חלון לגג חבירו ומשתמש בו תשמיש קל כגון שטיח' בגדים יש לו חזקה לאלתר כיון שהוא נמוך אצל הגג עש"ב ובח"א סי' ק"י נסתפק על מי שיש לו חזקת שימוש שטיח' בגדים וכבוס וטיול בגג חבירו אם חייב לעשות מעקה ומי חייב לעשו' ושאל את פי מרן מהרי"ק והשיב שאינו חייב במעקה כיון שאין לו תשמיש בית דירה ע"ש הרי דגם מרן מודה דמה שהחזיק בתשמיש בגג חבירו הוי חזקה :

איברא מהר"ש אלשיך סי' ל"ד בראובן שיש לו חלון פתוח לגג חבירו והיה יוצא דרך החלון ומשתמש בגגו כ' דאפילו נשתמש שני חזקה אינו כלום שהרי כת' הרמב"ם היה מעמיד בהמה במקום מסויים מחצר חבירו וכו' אם נשתמש שם בדברים אלו ג' שנים ביום ובלילה וטען על בעל החצר ואמר אתה נתת לי מקום זה מכרת לי ה"ז חזקה עד כאן לשונו הרי דאינו יכול אחר שלש שנים לומר מכרת או נתת לי אלא א"כ נשתמש בו ביום ובלילה ואם כן בנ"ד שלא היה משתמש אלא פעם בשבוע לפרוש בגד כביסה לאו חזקה היא ועוד דוקא במקום מיוחד בחצר חבירו שאין חבירו משתמש בו אלא זה יכו' לטעון מכרתו לי כדדייק ל' הרמב"ם שכ' במקום מסויים וכולי אבל אם היה משתמש עם בעליו ודאי דל"מ למי' אתה מכרתו לי או נתתו לי וכל שכן בנ"ד וכולי עש"ב הרי דסבירא ליה דאינה חזקה משום דלא נשתמש בו ג' שנים ביום ובלילה ועוד דבעי' מקום מיוחד שאין חבירו משתמש בו והכא נמי בנ"ד דגם שמעון היה משתמש בגג שעובר בעלייתו של ראובן ונכנס מהחלון לגג וכל חזקה שנשתמשו בו הבעלים ע"י המחזיק אינה חזק' וכן כתב מהרש"ך חלק שני סימן ו' וסימן קל"ה וכן הסכים הר' פרי הארץ חלק שני סי' ו' ומהר"י זיבי בתשו' שם סי' ז' עיין שם באורך :

גם מהרח"ש חלק א' סימן כ"ב כ' בנ"ד וז"ל ואיברא שאם היה הדבר שראובן ג"כ היה עובר דרך חצר שמעון בכניסה ויציאה כמו ששמעון עובר דרך חצר ראובן לא מהני' חזקת שמעון דמ"ל ראובן לשמעון מה שלא מחיתי בכניסה ויציאה שלך דרך חצירי לפי שאני גם כן הייתי עובר דרך חצירך ודמי למ"ש הרא"ש והטור וז"ל אם חלקו ולא תבע שום א' לעשות הכותל ואח"ז תבע אחד לחבירו שיעשו אותו וטוען חבירו מחלת לי היזק ראייה וכולי אינה חזקה דטעמא דחזקה כיון שלא מיחה הפסיד וה"ד היכא שהמחזיק מזיק ואינו ניזוק כגון שהיה חלון פתוח לחצר חבירו אבל כיון שהמחזיק ניזוק כמו שהוא מזיק יוכל לומר לא חששתי למחות כיון שאני מזיקך כמו שאתה מזיקני וכו' עיין שם והכא נמי ששמעון לפעמים נכנס בעליית ראובן מהחלון לגג ומשתמש בגג והמחזיק ניזוק כמו שהוא מזיק אין לו חזקה :

עוד הוכיח מהרח"ש שם דאפילו המערער משתמש תשמיש קבוע כמו המחזיק יכול לבטל חזקתו מדאמרי' בח"ה ההוא דא"ל לחבריה מ"ב בהאי ביתא א"ל מינך זבינתא ואכלתיה שני חזקה א"ל אנא בשכונאי גוואי הואי וכו' ופירשב"ם בחדרים הפנימים היתה עיקר דירתי והייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בביתי שדרת בו ברשותי ולכן לא מחיתי וכולי אלמא אף על פי שהחיצון דר בבית ומשתמש תשמיש קבוע כדרך כל האדם בביתו אפ"ה כיון שהפנימי היה לו דרך עלייה יכול לבטל חזקתו איברא דמהרשד"ם סי' ער"ב כ' דאין הנדון דומה לראיה וכולי וא"ל כוונתו שיש חילוק בין כשהמחזיק בא להוציא חזק' קרק' מחזק' בעלים כגון ההוא דא"ל לחבריה מ"ב בהאי ביתא וא"ל מינך זבינתא וכו' אבל באותו נדון שלא בא להוציא גוף הקרק' מיד הבעלים אלא להשתמש שם מהני חזקה אבל אין חי' זה מבורר כלל אללי עש"ב :

והרב פרי הא"ץ חלק שני סי' ו' שכ' דחי' מהרח"ש אין לו קיום מדכתבו הרמב"ם ומרן בסי' ק"מ גבי מעמיד בהמה וכולי דהתם לא בא להוציא גוף הקרק' אלא להשתמש ואפילו הכי בעינן מקום מסויים עיין שם ואיברא שכן מצאתי לבעל העיטור באות מ' מחאה דף פ"ו עמוד שלישי שכתב וזה לשונו ומסתברא מדנקט הא והא דנחית לכולא שמע מינה דאי נחית לפלגא אף על גב דאית בה דין חלוקה אין מחזיקין והא דתנן עשה מחילה לבהמתו גבוהה עשרה טפחים הרי זו חזקה וכן לתנור וכן לכירייס לאו לגוף הקרקע קאמר אלא להשתמ' הוא שהחזיק כדגרסינן בירושלמי מקום תנור ומקום כירייס אין לו חזקה וכו' עיין שם הרי בשותפים על כרחך מייר שלא בא להחזיק גוף הקרקע אלא לתשמיש והוא הדי בחצר חבירו ולכך בעינן מקום מסויים אבל הרמ"ה בפ' חזקת סימן ר"ט כתב דלהחזיק בגוף הקרקע מיירי ותי' בע"א עיין שם באורך וכן משמע מדברי התוספות שם וכן לשון הרמב"ם והטור ומרן וטען בעל החצר ואמר אתה נתתו לי מקום זה או מכרתו לי הרי זה חזקה משמע שטוען שמכר לו גוף הקרקע ואם כן איכא למימ' דבגוף הקרקע הוא דבעינן מקום מסויים אבל להחזיק להשתמש בכל דהו הוי חזקה כמו שחי' בעל העיטור גבי שותף דמחזיקין לתשמיש ולא לגוף הקרקע וכן מצאתי לה' בית חדש בתשו' סימן ז' שדקדק מדברי הרמב"ם והטור דבעינן מקום מסויים והבין דבטוען שמכר לו גוף הקרק' אלא שכתב וזה לשונו ואף על גב דרשב"ם כ' שאין בני החצר מניחים לנכרים להשתמש תשמישים הללו בחצר שלה' אלא אם כן נטלו רשות מהם עכ"ל אלמא דלא איירי כשטוען אתה מכרת לי גוף מקום זה אלא שנטל ממנו רשות להשתמש בחצר ומשמע לכאור' לחזקת תשמיש לא בעינן מקום מסוייס ליתא דודאי לענין חזקה אין חילוק כלל וכו' עיין שם אם כן דעת מהרח"ש והב"ח דאפילו לא בא להחזיק בגוף הקרקע אלא להשתמש בו בעי' מקו' מסויים אבל כששניהם משתמשים לא הוי חזקה :

גם הרב בית דוד סימן מ"ה הביא דברי מהרימ"ט דאם משתמשים בשוה ליכא חזקה וכת' וזה לשונו ואינו דומה לשכונאי גואי דהתם המחזיק היה דר והמערער לא היה דר אלא עובר לבד ואין ס' שזה דעת מהר"ס אלשיך וכולי עיין שם משמע דסבירא ליה דאין חילוק בין להחזיק בגוף הקרקע או לתשמיש דאם משתמ' בשוה ליכא חזקה ואם אינו משתמש בשוה הוי חזק' ותשו' מהרשד"ם סימן ער"ב כבר כתב ה' כנסת הגדולה בסי' קנ"ז אות י"ד משום דבנדון דידן היה הפתח מהבית לחצר ובעל הבית החזיק לצאת בפתח ההוא לחצר אבל בעל החצר לא החזיק ליכנס לבית ראובן דרך הפתח ונמצא בעל החצר ניזוק ולא מזיק עיין שם וכן כתב הרב פרי הארץ שם :

מיהו אנן לא קיימא לן כרשב"ם כמו שכתב הסמ"ע בסימן ק"מ סקי"ח דמרן השמיט דין זה משום דהרי"ף והרמב"ם פירשו בענין אחר דשכונאי גואי דאותו זמן לא הייתי במדינה זו וכו' כמבואר בסימן קמ"ו עיין שם וא"כ אפילו נימא דאם המערער משתמש כמו המחזי' בשוה מודו דאין לו חזקה אבל אם אין המערער משתמש

כמו

כמו המחזיק בשוה סבירא ליה דהוי חזקה וכ"כ מהרשד"ם סימן תכ"ה אבל אכתי איכא לעיוני שכ' הרא"ש והטור דטעמא דחזקה כיון שלא מיחה הפסיד והיינו דוקא היכא שהמחזיק מזיק ואינו ניזוק אבל היכא שהמחזיק ניזק כמו שהוא מזיק יכול לומר לא חששתי וכולי עיין שם בנדון דידן נמי היה א"ל שיכול שמעון לומר לראובן מה ששתקתי ולא מחיתי לפי כמו שאתה בכתח זה עובר עלי גם אני עובר וכולי ומכל מקום נראה בעיני דל"ד להאי דחלר דהתם שניהם ניזוקים בשוה אבל בנדון דידן שמעון ניזק שלוקח ראובן מים אבל שמעון אין לו אלא העברה לבד עיין שם הרי דסבירא ליה דאף על גב דגם המערער עובר על המחזיק כל שאינו מזיקו כמו שהמחזיק מזיקו הוי חזקה דבעינן שניהם ניזוקים בשוה וכן כ' מהרש"ח סימן ע"ז עיין שם ואם כן מ"ש מההיא דשכונאי גואי וכו' ועכ"ל דהתם שאני משום דבא להוציא גוף הקרקע מחזקת בעלים אבל אם לא בא להחזיק בגוף הקרק' אלא לתשמיש בעלמא מהני חזקה :

ומצאתי להב"ח בתשו' שם שכתב וז"ל ועוד יש לו' והוא עיקר דבית רגילי אינשי לאושולי ולאגורי' ולכך מ"ל בתורת שאילה או שאלה דרך בביתי ולא חששתי למחות כיון שלא ילא הבית מרשותי לגמרי שהיה דרכי עוב' על החילון אבל חלר שבתים פתוחות לא וויצאים ונכנסי' בו להם אנשי הבית עיקר תשמישן בחלר קפדי אינשי בהכי דלא לאושלי ולאוגרי הילכך ודאי זכנה עיין שם ואם כן אפ' שזה דעת מהרשד"ס סי' ער"ב וסי' תכ"ה דביליאה וכניסה להשתמש בחלר כיון דקפדי אינשי בהכי . דגם המזיק והמערער אין תשמישן שוה כל שאין הנזק שוה הוי חזק' ונראה דאף על גב דקיימא לן כהר"י ן' מיגש והרמב"ם דהאי טעמא דבחלר אין חזקה להיזק ראיה משום דממיל' בלי שום מעשה הם מזיקים זה את זה משמע דבמעשה כגון שהיה בכותל בחלר ופרלו בידים אף על פי שהם מזיקים זה את זה הוי חזקה וכן כתב מהרח"ש סי' ל"א דלדידהו אפילו כשתמשו יחד כל א' משתמש בחלק חבירו הוי חזקה דלאו חזקה דממילא היא אלא על ידי מעשה שמשתמש שם עיין שם :

סימן קנ"ה

א' דין ל"ן ואם קנו מידו וכולי כתב הט"ז סכ"ד דבדבר דלא מהניא חזקה אין טוענים ללוקח שהמוכר קנה בקנין והי"ל ראיה דהא יורש ולוקח שוים וביורש אמרי' שאין טוענ' בשבילו מילתא דלא שכיח' כמ"ש בסי' ק"ח בעיסקא וכולי ודאי דלא שכיחא שיקנה בקנין עיין שם ונראה הדין אמת כוותיה ולא מטעמיה דנהי דמתנה לא שכיחא ולא טעני' ליורשים אף על פי שאביהם היה נאמן כמ"ש התוס' במליעא דף ע' בד"ה אתה וכו' עיין שם מ"מ ודאי דמכירה מילתא שכיחא היא דאגב זוזי גמר ומקני . ואמאי לא טעני ללוקח וליורש שמכר לו במעות ובקנין ועוד דהרי הרי"ף והראב"ד והרא"ה והר"ן והנ"י ס"ל דטוענ' ללוקח וליורש כל מה שאביהם יכול לטעון אפי' טענה דלא שכיחא עיין שם וא"כ הכא נמי טוענים בשבילם שמכר או נתן או מחל לו בקנין ומאי פריך בגמרא אמתני' דאם לקחו הרי הוא בחזקתו והא"כ אין חזק' לנזקי' וכולי והרב עדות ביעקב סימן ס"ו כ' דלא טעני' נאמנו גבי עיסקא אלא אם המפקיד בא להוציא ממון שהוא ידוע שאינו שלו כגון מטלטלי' וקרקעות שירשו היתומים אבל אם בא להוציא ממון שהוא ספק אם הוא חלק הפקדון לכ"ע לא טעני' להו נאמנו והשכים עמו ה' שמחת יום טוב סי' ל' דף קט"ו עיין שם ואם כן הכא נמי שהוא ספק לא טעני' להו מיהו כתבתי בסי' ק"ח דמדברי הרמב"ן בס' תמ"ד סי' רנ"ו והנ"י בפ' הגוזל בתרא א"כ כן שכ' לתרץ לדעתם מעשה דר' מיישא דפר' הכותב והתם בא להוציא הפקדון עלמו והוכיחו עוד דטעני' להו מילתא דלא שכיחא מדמק' בסוף המקבל והא רבה אפיק זונא דסרבלא וכפרא דאגדתא מיתמי בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ולא מהרלי' שאני התם דאין טוענים ליורשים דבר רחוק ע"ש אלמא אפי' בא להוציא הפקדון שאינו ודאי של אביהם טענינן להו מילתא דלא שכיחא וכן הוכיחו שם מדאמרינן בפרק לא יחפור גבי לקח חלר ובה זיזין וכולי דאפילו לגבי רבים שהוא רחוק לפיים אותם טוטני' להו ע"ש ואם כן מאי פריך התם והא"כ אין חזקה לנזקין וכולי אימא משום דטוענ' שמכר או נתן לו בקנין אלא נראה דה"ט דלא טעני' ללוקח וליורש אלא טענה שהיה המוכר או היורש נאמן עליה בלא ראיה אבל טענה שגם המוכר או המורי' לריך להביא ראייה אין טוענ' ללוקח וליורש כמו שהוכיחו ההו' בבתרא דנ"ב בד"ה ומודה וכו' מדתנן הבא מחמת ירושה אין לריך טענה הא חזק' בעי ואמאי דילמא אם היה אביו קיי' היה מביא עדי' שלקחה וכןהוכיח הרשב"א בתשו' חלק ב' סימן מ' עיין שם ונראה דלמאי דאמרי' התם בדף מ"א ואבע"א שאני לוקח דלא שדי זוזי בכדי וכ' רשב"ם דלוקח עדיף טפי מיורש דלוקח אי לא ברירא ליה מילתא דודאי זבנה המוכ' לו לא הוה זוזי בכדי וכן פסק ר' ברוך בהג"א שם ה"כ בנזקים אין טוענ' ליורש אבל טוענ' ללוקח אבל לדידן דקי"ל בסי' קע"ו דהלוקח לריך ראייה עיין שם הכא נמי בנזקין שאין המזיק נאמן בלא ראייה אין טוענין ללוקח וכן כ' הרמ"ה בפרק לא יחפור סי' פ"ג וז"ל ולא תימא ה"מ במחזיק גופיה אבל יורש ולוקח לא בעי' ראיה דטוענ' ליורש וטוענ' ללוקח וכו' דכי אמרי' טוענ' ליורש וטוענ' ללוקח ה"מ בטענה שהיה המוכר או המורים נאמן עליה בלא ראייה אבל טענה שאין המוכר והמורים נאמנים עליה אלא בראייה לדידהו נמי לא טעני' להו וכולי וכן כהב בתשו' בסימן רמ"ב עיין שם ועיין בתשו' הרשב"א בהביא הב"י סוף הסימן דמוכח כן דאין טוענין ליורש בהיזק ראייה שאין לו חזקה וכן כתב הרא"ש בתשוב' כלל ל"ט סי' ו' וז"ל וחלון שעל הגג אפילו לא היה שמעון לוקח לא טענינן ליתמי כי הא מילתא שמא היה בענין אחר כיון שאביה' לא היה יכול לטעון כן בלא ראיה כיון דאין החלון מזיק לשמעון אין לו חזקה עד כאן לשונו וכן כתב ראב"ן ד' ק' ע"ב דאם אביהם היה לריך ראיה אין טוענ' ליורש עיין שם ושוב מלאתי כן למהריב"ל ח"ג סי' ל"ג והסכים עמו מהרימ"ט ח"א סימן ק"ח וה' בני אהרן סימן ע"ז עיין שם ועיין במהרש"ך ח"ב סי' קע"א ומדברי מהר"ס בתשו' דשייכי לה' אישות סימן ה' שכתב וז"ל ולא שייך נמי למי' טוענ' ליורש ואלו אביה' קיי' היה מברר שלקח מן האשה וחזר לקח מן האיש וכולי דלא טעני' לבדות דבר חדש מלבנו לאפקועי קרק' מחזקתיה וכל מאי דטעני' ליתמי מאי דמלי למיטען אבוהון ה"מ להחזיק בשלהם וכו' נראה לכאורה דאפילו טענה שלא היה אביהם נאמן אלא בראייה טעני' ליורש שמא אביהם מברר כן ודוקא להוציא לא טעני' להו ושוב מלאתי כן למהר"א ששון סי' רכ"ב עיי"ש ולא זכר כל הנך רבוותא דס"ל דלא טעני ליורש וללוקח טענה שהיה אביהם לריך ראייה :

ב' הגה

ב' הגה או שמכרו לו או שנתן לו וכו' כתב הסמ"ע ואין צריך קנין דקנאו במעות וכו' עיין שם והב"ח כתב אף על גב דמכירה לא מהניא דלא אמרינן אגב זוזי גמר ומקני דסבור היה שיכול לסבול וכו' מ"מ אם קנו מידו אלים ליה ק"ס וכו' עיין שם הרי דבמכיר' נמי אפילו נתן המעות לא מהני אלא בקנין סודר :

סימן קנ"ו

א' דין א' הגה אבל למכרו י"א דשרי וכו' אבל הטור כ' דמעכבין עליו שלא למכו' או שלא להשכיר וכו' וכתב הב"ח דסבירא ליה דברייתא קתני שלא ישכירנו וכל שכן שלא ימכרנו ולכך נקט הטו' מכירה תחלה לומר דל"מ מכירה עילמיה אלא אפי' שכירו' עיין שם וכן כתב הרמ"ה בפ' לא יחפור סוף סימן כ"ו דתנא שכירות דלפי שעה וכל שכן מכירה ע"ש והדרישה כתב דסבירא ליה להטור דמכירה דוקא אם ימצא אחר שיקנה בכדי דמיו אבל בשכירות אפילו לא ימצא להשכירו בכדי דמיו שישכור אותו זה עיין שם ונראה עיקר דס"ל דשכירות גרע ממכירה ונמשך אחר הרמ"ה שכן כ' ואם כן אפילו אינו מוצא שיקנה בכדי דמיהם אינו יכול למכור לזה אבל אם אינו מוצא קונה אחר יכול למכור לזה כמו שכתב הב"ח וכן דעת מרן הב"י :

ב' דין ג' ואין השכנים וכולי נראה דהוא הדין דאין המשכיר יכול לעכב לשוכר ממלמד תינוקו' אפילו מתוך כך אין בני אדם רוצים לשכור הבתי' אחרי' ויש הפסד בדבר וכן משמע קצת מדפריך בגמ' א' מבני החצר שבקש וכו' ומלמד תינוקות בני חצר מעכבים עליו ומוקי לה בתינוקות דנכרים ולא מוקי בתינוקות ישראל ובדאיכא פסידא עיין שם וכן ההיא דלא ישכירנו וכו' מיירי אפילו בדאיכא פסידא דלא ימצא מי שישכיר בכדי ששכרו זה (עד כאן מלאתי) :

ג' וה"ה לכל מילי דמצוה וכו' כגון לחלק צדקה או להתפלל בעשרה הטור וכ' מרן הב"י דהוא הדין כותב ספר תורה כמו שכ' ר' ירוחם ודלא כהרמב"ן עיין שם וכן כתב הרמ"ה בפ' לא יחפור סימן כ"ה וסי' כ"ו ע"ש וכן דעת מהר"י ן' מיגש שם והריטב"א בתשו' הביאה מרן הב"י כתב דלאו דוקא מלמד תינוקות של בית רבן אלא הוא הדין לעשות מדרש להרביץ תורה או לדרוש בו ברבים כדי להגדיל תורה ולהאדיר ולא תשתכח תור' מישראל דחד טעמא הוא וכתב הרב כנסת הגדול' דנר' דסבירא ליה דלצדקה וכיוצא אף על גב דהוי מצוה לא וכן כתב מהר"ש די בוטון עיין שם אבל מדברי מרן הב"י לא משמע כן ומכל מקום נקיטינן דמהר"י ן' מיגש והרמ"ה והטור ור' ירוחם דכל דבר מצוה אין יכולים לעכב :

ונראה דהוא הדין דאין יכולין השותפין לעכב על הדיין שדן בביתו דבר דדין היינו תורה וכל שדן דין אמת לאמתו אפי' שעה א' כאלו תקן כל העול' וגור' שתשר' שכינה בישראל והט"ז שכתב דלכך כתב הטור כגון לחל' צדקה או להתפלל בעשרה לומר דוקא מצוה התלויה בצירוף אנשים מה שאין כן בשאפ' לו לילך לבית האנשי' שצריכים לכך וכולי עיין שם אין נראה כן וגם מרן שכתב סתם ה"ה לכל מילי דמצוה כו' דכל מצוה קאמר :

סימן קנ"ז

א' דין ד' הגה יש אומ' דאין הולכין אחר המנהג ההוא וכו' וכן כ' הרשב"א בתשו' חלק שני סימן רמ"ח עיין שם :

ב' ואם אין מנהג ידוע וכו' כתב הרמ"ה ריש בתר' סימן ב' וזה לשונו ומסתברא דאתרא איכא דבנו גויל ואיכא דבנו לבנים בתר רובא אזלינן דכי אמרי' דבממונא לא אזלינן בתר רובא הני מילי לשעבר דאיכא למימר דדילמא האי גברא ממיעוט הוי אבל לעתיד כהאי גוונא דלמיזל בתר מנהגא דאתרא הוא דבעינן בתר רוב' אזלינן דאלו מנהגא דמיעוט לאו מנהג המדינה הוא ואי פלגא ופלגא א"כ דלא איתברר מנהגא דרוב' הלך אחר הפחות שבשיעורים שהן בכלל ספק מנהג המדינה דאוקי ממונא בחזקת מריה עכ"ל :

סימן קס"א

א' דין א' אם גילה השני דעתו וכו' כת' הרשב"ש סימן ק"ף דאם היה שם וראה ושתק חיי' שכל שהוא בפניו כאלו אמר לו בפירוש הוא שהרי לענין קנין קרקע בחזקה אינו קונה עד שיאמר לו מוכר לך וחזק וקני ואם נעל וגדר ופרץ בפניו כמאן דאמר לך וחזק וקני עיין שם :

סימן קס"ג

א' דין א' כופין בני העיר וכו' כן כתב הנ"י בשם הר"ן דלא קיימא לן כרשב"ג וכ"כ הרמ"ה בפרק קמא דבתרא סימן ע' וזה לשונו רשב"ג אומ' וכו' ולית הילכתא כוותיה דקיימא לן יחיד ורבים הלכה כרבים ואי משום דאמר ר"י כל מקום ששנה רשב"ג במשנתינו הלכה כמותו וכולי הא דחינן לה בפרק המדיר ואסיקנא אמוראי נינהו אליבא דר"י הילכך וכולי עיין שם וכן דעת הרמב"ם ועיין בס' יד מלאכי סימן ש"ז :

ב' דין ב' וכל הדר בעיר י"ב חדש וכו' ונפט' מהעי' שלא ממנה ולא יפרע כלום ואם כסף גולגלתא שנכתב בכתב המלך עיין מהרימ"ט סי' כ"ז ואפי' הניח אשתו שם :

ג' הגה ולכ"ע אם נפל לו בית בירושה או במתנה וכולי וכן כתב הרמ"ה בפרק קמא דבתרא סי' יו"ד וז"ל אבל אם נפלו בירושה כיון דממילא קאתי ולאו איהו דטרח בהדא לאו כאנשי העיר דמי דהכתי לא גלי אדעתיה דניח"ל למידר בהדייהו ומתנה אתן לפלוגת' דר"א ורבינא בפ' שנים אוחזין והלכ' כדברי המיקל הילכך מתנה כירושה דמי ולא מחייב עכ"ל משמע דלמאן דאמ' התם מתנה כמכר מטעם דאי לא דטרח קמיה לא הוה יהיב ליה מתנה הכא נמי הוי כאנשי העיר וחייב מהאי טעמא והרמב"ם פסק שם מתנה כמכר וכ' המ"מ ואולי משום דמסתבר טעמיה עיין שם ואם כן הכא נמי חייב כאנשי העיר אבל מרן הב"י סימן שע"ד כ' דיותר נכון שטעמו כהרמ"ה שכ' הטו' שם הלוקח מוחז' ודאי והמוכ' ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי עיין שם וא"כ לעולם פסקינן לקולא דהתם דהלוקח מוחזק פסק דמתנה כמכר והכא פסקינן לקולא דמתנה לאו כמכר ולא מחייב :

ד' דין ג' ויש אומרים שגובין לפי הממון וכולי וכ"כ התוספות בשם ר"ת והרא"ש בשם מהר"י ן' מיגש וכן דעת הרשב"א בתשובו' חלק ראשון סימן אלף נ"א ובתשו' חלק שלישי סימן ספ"ב עיין שם אבל דעת הרי"ף והרמב"ם דאין גובין לפי הממון כלל אלא לפי קרוב הבתים

הבתים וכן הרמ"ה בפרק קמא סימן ע"ז האריך והסכים כן עיין שם :

והאי שבח ממון דוקא ממון דמטלטל ואם מלחמת המלכים הם שבאים להרוס ולשרוף את העיר גובי' לפי הכל מטלטלין וקרקעו' מהר"י ן' מיגש והרשב"א בתשו' חלק ג' סימן שפ"ב וסימן ק"א עיין שם :

ה' הגה ויש חולקין וכו' כן כתב הרשב"א בתשובות סימן אלף ל"א ובתשו' חלק שלישי סי' ק"א והביא ראיה מדברי מהר"י ן' מיגש עיין שם :

סימן קס"ד

א' דין א' בעל העלייה כופהו וכו' כתב הכ"י ואם תאמר למה צריך לבנות הבית יכפנו לבנו' כבר תי' בירושלמי דהכא במ"ע בשאינו שם שהלך למ"ה אבל כשישנו כופין אותו וכן דעת הרמב"ן אבל הרשב"א כ' דהירושלמי סבר כרב אחא בפרק הכותב דסבי' ליה דאין נפרעין מן האדם שלא בפניו אבל אנן סבירא לן כר"נ דנפרעין א"א דבישנו כופין אף כשאינו כופין אלא דס"ל לגמ' דאין כופין אותו כלל דהבית נשתעבד ולא נשתעבדו נכסיו שנכוף אותו וכן דעת הרא"ה עיין שם ומרן בב"י כתב דהרמב"ם סבירא ליה כהרמב"ן וכן דעת הטור וכן כתב המ"מ וכן פסק מור"ם בתשו' סימן ע"ש אבל בכ"מ כתב שאין דעת רבינו כן אלא דוקא כשנפל כותל אחד דע"כ צריך לבנותו כדי שלא יפול כל הבית כופהו אבל כשנפל כל הבית אם אין בע"הב רוצה לבנותו אין בעל העלייה יכול לכופו והדרישה הסכים עמו וכן כ' בסמ"ע עיין שם באורך ואפשר שלמד כן משום דבירושלמי אמרי' שמעתו שאין כופין והתני רבי חייא כופין כאן בישנו שם כאן באינו שם ואט כן לדידן דלא נשתעבדו נכסיו רק הבית צריך לומר דהא דתני רבי חייא כופין מיירי בנפ' כותל אחד ומתני' דאין כופין בנפל כל הבית והרב פני משה חלק שני סימן ס"א האריך בזה ע"ש ושוב ראיתי להרב פרח מטה אהרן סימן קי"ב שהקשה אמאי לא תי' כן בירושלמי עיין שם ולא ק' מידי דהירושלמי לא מחלק כן ותי' לשיטתו כשישנו שם כופין אבל אנן מחלקי' בין נפל כולו לנפל מקלתו וכתב הדרישה דהכא כופין אפילו שלא בפניו דהיינו שיורדים לנכסיו מיהו ה"ד כשהיה בפנינו ואמ' לו לבנות ורצו בית דין לכופו והוא ברח דאז דוקא שייך לירד מנכסיו כמו בלוה מחבירו עיין שם וא"כ הירושלמי לא תירץ כן דסבירא להו דבישנו כופין לעולם ובאינו אין כופין לעולם אבל אנן סבירא לן דבנפל כולו אין כופין לעולם ובנפל מקלתו כופין לעולם ונראה דמרן בכ"מ שכב' אחר כך חזר בו ממה שכתב בב"י וכי האי גוונא כתב מהריק"ש בתשו' בספר אהלי יעקב סימן מ"ט עיין שם ואפילו אין הכרע כבר כתב מהר"י נבון בתשובו' בספר חיים שאל סימן ס"ד דמה שקבלו הוראות מרן הוא הדב' ברור בש"ע דוקא וכל שדבריו בש"ע סתומים אף שבב"י או בתשוב' מבואר להיכן דעתו נוטה לא קבלו עיין שם וממה שפסק מרן בסימן קנ"ז חצר השותפין וכו' יש לכל אחד מהם לכוף את חבירו לבנות את הכותל באמצ' כדי שלא יראהו חבירו וכו' ואם האח' עני ואחד עשיר דינו כמו בית ועלייה כמו שכתב הטור ופסקו מור"ם שם נר' דהכא נמי אם הוא עשיר ואינו רוצה לבנות כופין אותו ולדעת הרשב"א התם נמי אין כופין אותו לבנות הכותל כמו בבית ועלייה אבל ראיתי למהרא"ד בתשוב' בספר פרח מטה אהרן ח"ב סימן ג' נסתפק אם בדין הכותל מודה הרשב"א דכופין עיין שם ואם כן אפש' שכן דעת מרן דבכותל :

ב' והתקרה עלמה וכו' ראובן שמכר לשמ' עליי' שעל גב ביתו והתנו שהתחתון לא יהא חייב בתקון התקרה או שהיו שותפין בבית ועלייה וחלקו בזה התנאי ומכר בעל הבית חלקו ללוי דאין לוי בתקון התקרה כמו ראובן ואינו חייב בתקון התקרה מהרא"ח הביאו הרב כנסת הגדולה עיין שם ויש להסתפק אם מת הבעל הבית אם טוענים ליורשיו היה תנאי מורישו עם בעל העלייה שלא יתקן התקרה וכה"ג כ' מהרשד"ם סי' ל"ת בשם חכם אחד במלוה על המשכון דטוענים ליורשיו שמא אביהם התנה עם הלוה שלא יהא חייב באחריותו ובסימן ע"ב ס"א כתבתי דמדברי הכ"י ומרן משמע דאין טוענים להם שמא היה תנאי דלא שכיחא וכן כתב הר' מנחת יעקב בתשוב' סימן ע"ו וגם מהרשד"ם כמסתפק אמרה בלשון אפשר ולכאורה ע"ש ואם כן הכא נמי אין טוענים ליורשים שמא התנה אביהם שלא יתחייב בתיקון התקרה ונראה דגם מהרשד"ם מודה הכא דהתם דוקא (עד כאן מצאתי) :

ג' דין ד' שמודה על קצתם וכולי כתב הרב כנה"ג אף על גב דמקצת האבנים שמודה בהם נותנם בידו לא הוי הילך דהילך לא הוי אלא במלוה או בפקדון דאם לא היה נותן לא היו עומדות ברשו' הנתב' אבל הכא נתינת האבנים לא שמה נתינה למקריה הילך דאפילו איתנהו ברשות אחד מהם לא חשבינן ליה מוחזק דשותפין לא קפדי אהדדי עיין שם וליתא דהא אם נתב' לא הודה במקצת ואמר איני יודע חשבינן ליה מוחז' ואין הלה נוטל כלום כדאמרינן בפרק הבית והעלייה עיין שם בתוספות בדבור המתחיל נימא וכו' וא"כ כשהודה במקצת ונותנו לו אמאי לא הוי הילך ועוד דהא טעמא דהילך פטור משום דמקצת שהודה בו כמאן דנקיט להו מלוה דמי ועל השאר הוי כופר בכל וליכא הודאה במקצת ואדרבא כ"ש אם לא היה מוחזק דברשות מרה איתנהו דהוי הלה כופר בכל ובפרק קמא דמציעא אמרינן ותנא תונה שנים אוחזין בטלית והא הכא כיון דתפיס אנן סהדי דמאי דתפיס הילך הוא וכו' אלמא הוי הילך מכח דתפיס ע"פ העדים עיין שם ברש"י :

ד' דין ה' ויושב ודר בתוכה וכולי אם רצה לבנות הבית והעלייה ולדור בשניהם הרשו' בידו אבל להשכיר הבית אסור ולהשכיר עלייה אפשר דאסור ואפשר דמותר מהר"ש הלוי הביאו ה' כנסת הגדולה עיין שם ונרא"ל דאפילו להשכיר את הבית מותר וכן מצאתי להרמ"ה בפרק השותפין סימן ע"ו שכתב גבי מי שיש לו בית בחצר אחרת בני חצר משעבדים אותו לעשות עמה' דלא וכו' וז"ל ואי אמר לא ניח"ל מאגרייהו ולא בלעדייהו דינא הוא דנחתי בני מתא או בני הצר ואגרי ליה לבית או לחצר ושקלי אגרייהו עד דמשתלמי שיעור מאי דחזי ליה למיתב בהדייהו בההוא חיובא מ"ד הבית והעליי' של שנים שנפלו ואין בעל הבית רוצה לבנות וכו' ע"ש :

ה' ויושב ודר בתוכה וכו' כת' הסמ"ע ואין מחשב כרבי' כיון דקרקע משועבד גם כן לעלייה ובעל הבית בלאו הכי לא דר בכאן עיין שם משמ' דאם לא היה הקרקע משובד לעלייה הוי רבית ואסור לדור בתוכו אלא בשכירות ובקמא דף ך' אמרינן למאי דס"ד דהדר בחצר חבירו דלא קיימא לאגרא צריך להעלות לו שכר אבל למאי דקי"ל דאין צריך להעלות לו שכר נרא' לכאורה דאפילו אין הקרקע משועבד לעלייה מות' והבונ'

חורבתו

חורבתו של חבירו מותר לדור בה בלא שכירות כדמוכח התם גבי ההוא דבנה אפדנא וכו' וכן כתב הרב מנחת יעקב בתשו' סימן ע' עיין שם מיהו הרא"ש שם והטור סימן שס"ג כת' דאם חסרו אפילו דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו צריך לשלם לו כל הנאתו וכן ראיתי להרא"ש סוף מציעא שכתב וזה לשונו ראובן שהלך למדינת הים והיה לו בית אצל שמעון וסגרו והלך לו ובא שמעון ונשתמש בו כל ימי היותו במדינת הים ובחזרתו תבעו שכר ביתו וכו' ומסקנא זה נהנה וזה לא חסר פטור וכל שכן שמעון זה שלא נהנה שהיה לו בית וראובן לא חסר שהיה ביתו מוסגר שהוא פטו' והבית ישן היה ולא מצי טעין השחרת כותליו וחסרתני אבל זה לא נהנה וזה חסר חייב כר"י דאמר אף זה דר לתוך של חבירו חייב מפני שמחסרו שמשחיר את כותליו וכולי עכ"ל הרי דסביר"ל דאם הבית חדש חייב מפני שמשחירו את הכותל ואם כן הכא הוי זה נהנה וזה חסר ואמאי שרו רבנן אלא על כרחך משום דהקרקע משועב' לעליי' והתימא על רא"ש שכתב דזה לא נהנה וזה חסר חייב כר"י וכו' והא דר"י זה נהנה וזה חסר הוא אבל זה לא נהנה וזה חסר אדרבא משמע דסבי"ל דפטור כדאמרינן אלא בעל העליי' בונה את הבית ואת העלייה ויושב בבית וכולי והרדב"ז חלק שני סימן כ"ג כתב לדעת הפוסקים דזה אינו נהנה וזה חסר חייב הא דאמרינן אליבא דר"י משום שחוריתא דחייה בעלמא היא דילמא וכולי אבל לטול' אימא לך דטעמא דר"י משום דאסור ליהנות מחבירו שלא מדעתו אי נמי קנס קנסו אותו שירד וידור בביתו כדי שיתן לבעל העלייה יציאותיו עיין שם ודבריו תמוהים דאם כן מאי פשיט בקמא מרבנן דזה נהנה וזה לא חסר פטור אימא משום דקנסו אותו שידור בביתו חנם כדי שיתן לו יציאותיו וכן מאי קאמר ר"י אף זה וכו' והא לדידיה נמי דבונה גם כן העליון זה לא נהנה וזה חסר חייב ואפי' הכי קנסו אותו כדי ליתן לו יציאותיו וה"נ לרבנן דהוי זה נהנה וזה לא חסר אימא דקנסו אותו והרשב"א הובא בש' א"ז שם כת' וזה לשונו ושמא נאמר דכל שהוציא יציאותיו בקרקע של יתומי' דעתו שלא יהא נפרע מהם עד שיגדלו ויהיו בני פירעון וחזרה הילאה עליהם בחוב ויפרע זה שכירות כל האפדנא מעתה שאלו דר בהם עכשיו בלא פריעת שכירות אף ימלא נפרע מהיתומים מעתה עכ"ל ומהרא"ח חלק שני סימן ג' כת' אף על פי שקלא פו' כתבו סתם שנוטל כל השכירות מבואר בעלמו דלא כל שכירו' הבית קאמ' שכיון שהשכירו' הוא שכר הבנין והקרק' היאך הלה עושה כחורתו בפרתו של חבירו אלא וכו' עיין שם ונראה דסבירא ליה כהרשב"א דאיפרע כל שכירות הבית (עד כאן מלאתי) :

ו' עד שיתן לו כל יציאותיו וכו' ה"ד אם תבעו בב"ד וחייבוהו וסרב מלעשות לווי ב"ד אבל בלאו הכי אם טען פרעתי נאמן כדלעיל סי' קנ"ז ס"ח עיין שם הכנה"ג וה' פני משה ח"א סימן ז' כ' דאינו נאמן וכ"כ ה' בני אהרן סימן כ"ד דבנפל אם אמר שכבר פרעו ולבנות אפשר אינו נאמן דהוי כפרעתיך בתוך הזמן וראייה לזה מדאמרי' בריש בתרא כותל חצר שנפל מחייבין אותו לבנותו בחזקת שנתן וכו' ופירש"י לאחר שבנאו הא קודם לכן אינו נאמן ע"ש :

ז' שני שותפין בחצר שאין בו חלוקה ונפל החצר וא' מהם עני נראה שיבנה העשיר ודר בו כנגד יציאותיו דאין חיל' בין בית ועלייה לשותפין כמ"ש הטור בסימן קנ"ז בשם הר"י אברצלוני ופסקו מור"ס שם גבי כותל דאם א' עני ואין ידו משגת לבנות דינו כמו הבית והעלייה ע"ש בהסמ"ע וראיתי להרשב"א בתשו' ח"ב סי' מ"ד כ' וז"ל ואפילו שהיו הכותלים מתחילה גבוהים יותר אינו חייב אלא כדי סילוק היזק (עכ"מ) :

סימן קס"ז

א' דין א' לא יטול העליון וכו' משמע דיטול התחתו' שהוא מוחזק מרן הב"י ועיין בהסמ"ע והט"ז כ' דס"ל כיון דבכ"מ קי"ל כר"י לגבי ר"מ ור"ש אלא דהכא איפסקא הילכתא כר"ש בהדיא א"כ כל ספק בדברי ר"ש הדרין לכללין דהלכה כר"י דהוי של תחתון עיין שם וליתא דכיון דר"ש ס"ל כר"מ דהוי של עליון דמן הדין ופסקי' כוותיה א"כ בספק לא קי"ל כר"י דהא פשיטא לן דשדינן גוף בתר עיקרו כר"מ ולא כר"י אלא דמספק"ל אם העליון מחל לתחתון או לא וכל ספק במחילה מעמידים הנכסי' בחזק' הבעלים ועל המוחל להביא ראיה וכ"ש דהעליון ברי והתחתון שמא ועמ"ש בסימן מ"ב :

סימן קע"א

א' דין ה' יש מי שאומר וכו' כ' הרשב"ץ ח"ב סי' קנ"ו דאם שבחצר מתחלקי' בית כנגד בית והבור לא שייך בו חלוקה כגון בור שאינו בתוך החצר אבל דבוק בכות' ולפעמי' שיפול אותו צד בכותל יעלה הבור בחלקו וכן בה"כ של כבוד קטן מתחלק ישתמשו בתשמישים אלו בשותפות וכן משום פתח השער החצר לא תתבטל החלוקה וישתמשו בו בשותפות ומה שמבטלי' החלוק' הוא אם יחלקו הבית במחילה יחלק הבית לחצאין דבזה ודאי דייני' דינא דגוד או איגוד דכל שאלו יחלק אין שמו עליו אין חולקין אותו ומעלים אותו בדמים ע"ש ועיין בתשו' הרשב"ש סימן רס"ח :

ב' דין ו' וכופין את הנתבע וכו' אע"פ שנתרצה השני לגוד או לאיגוד לחבירו בסכום שהסכימו עליו יכול התובע לחזור בו וכולי כל זמן שלא הקנו זה לזה בא' מן הקניינים וכן נתבע נמי יכול לחזור בו מגוד לאיגוד או מאיגוד לגוד כל זמן שלא הקנו זה לזה בא' מן הקניינים הטור בשם הרמ"ה וכ' המבי"ט ח"ג סימן מ"ג דאפילו נתרצו בפני ב"ד יכול לחזור כמ"ש הרמב"ם על מי שקיב' עליו קרוב או פסול וכולי אם קנו מידו אינו יכול לחזור בו ואם לא קנו מידו יכול לחזור בו ע"ש וכ"כ בהדיא הרמ"ה בפ' השותפין סי' קע"ג דמ"ו דאפי' לאחר גמר דין יכול לחזור ול"ד לנאמן עלי אבא דלאחר גמר דין אינו יכול לחזור בו דהתם כולה מילתא לזכותיה דנתבע קאתי וכיון דאמר תובע נאמן עלי אבא או אביך ולא הדר ביה קוד' גמר דין המניה עלויה כחד כשר וכמאן דאודי לנתבע בההיא סהדותא דמי אבל הכא וכו' ע"ש וכר' דמשו' דהוא ס"ל דגמר דין היינו לא תן לו או חייב אתה ליתן לו כמ"ש בפ' י"כ סימן ע"ש לכך ל"ל דהכא אפי' הביא המעות וא"ל ב"ד אגוד ליה ושקול זוזך שהוא גמר דין יכול לחזור כל שלא קנו מא' מן הקניינים אבל לדעת הרמב"ם והסמ"ג שכ' נגמור הדין והוציא ממון וכו' ע"ש ה"נ אם קבל המעות קנה דקרקע נקנה בכסף ואם הוא מטלטלי' (עכ"מ) :

ג' הגה ואין אדם יכול לומר לחבירו גוד או איגוד בפחות משווין וכו' כ"כ הרשב"א בשם הרמ"ה

הובא

הובא בב"י וכו' דס"ל דהעשיר יכול לומר לעני גוד או איגוד אע"ג דאין יד העני משגת וכן כתב בפ"ק דב"ב סימן קע"ג דמ"ה ע"ג עיין שם אלא דה"ד בכדי שוויו אבל בפחות משוויו לא :

ד' שלשה שותפין שיש להם חצר שלים לכל א' ושכר ראוב' משמעו' חלקו אין לוי יכול לתבוע לראובן גוד או איגוד דעיקר דינא דגוד או איגוד משום היזק ראייה והכא כיון דראובן שכר חלקו של שמעון בטלה טענת היזק ראייה בתוך זמן השכירות אבל אחר זמן השכירות יש להם דין גוד או איגוד הרשב"ש סימן פ"ז עיין שם :

ה' דין ח' הגה וי"א דבחצר וכו' כתב הכנה"ג לכאורה נר' לי ראיה לדברי הרא"ש מדתנן בנדרים השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסור ליכנס לחצר ראב"י מתיר ואמרינן עלה מחלוק' בשאין בה דין חלוקה וכו' ואמאי הא יכול לומר גוד או איגוד עיין שם וכבר הרשב"א בתשו' ח"ב סימן קמ"א כתב וז"ל וא"ת א"כ תק' למ"ד אית דינא דגוד או איגוד דהא אפשר לסלקו בכך לא היא דדילמא איהו מסתלק ולא חבריה דאי א"ל גוד או איגוד דילמא חבריה אגיד ולא מוגיד ליה עיין שם ומינה הוכיח הרשב"א דאין לחלוק לזמני' דאל"כ לא נימא בה ברירה דאלו רצה זה מסלק את חבירו מן החצר לגמרי עד זמן ידוע ואלו חלקו בכך ודאי היה יכול לאסור על א' מן השוק כל אותו זמן דלא גרע משוכר וא"כ השתא נמי יהא אסור הואיל ואפשר להם בחלוקה זו ומאן דאית ליה חלוקת זמנים מוקי לה בחצר שיש בה דין חלוקה כדמוקי לה רבה התם וה' עדות ביעקב סי' ס' דקמ"ב תמה דהדרבה לרב יוסף דפליגי באין בה דין חלוקה ל"ק להאי מ"ד אלא מראב"י לבד אבל השתא דמוקי לה כרבה תק"ל מראב"י ומרבנן דבאין בה דין חלוקה דברי הכל מותר וא"א אמאי מותר מטעם ברירה הרי אלו רצה זה מסלק את חבירו מן החצר לגמרי עד זמן ידוע עיין שם ולא דק דמראב"י לק"מ דהוא ס"ל דאפילו יש בה דין חלוקה מותר מטעם דכשקנו אותה ע"ד כן קבלוה דכל שלא חלקו אותה יהא כל גוף החצר קנוי לתשמיש כל א' מהם :

ו' הגה לא חלקו וכו' כתב הרשב"ש סימן קל"ט בב' אחים שירשו מאביהם שני בתים א' גדול וא' קטן ודר א' מהם בגדול שנים רבות ומת ובא אחיו ואמר אדור אני בגדול כדרך שדר אחי וז"ל אלו האח קיים וטען אחיו שרוצה לדור בו כדרך שדר אחיו שומעין לו וכו' והעולה מזה שהוא יכול להוציאו מהבית הגדול ויחזור לקטן וידור הוא בגדול כדרך שדר אחיו ואח"ך ידור זה שנה וזה שנה כמ"ש הרמב"ם וכו' עיין שם ולכאור' תשו' הרשב"א ח"ב סימן קמ"א שכ' וז"ל ואם אירע שישב בו הא' בב' וג' שנים כ"ל שאינו חייב לעלות לו שכר דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואפי' בחצר שיש בו דין חלוקה וכו' וה"ה דאינו יכול לומר לו כדרך שנשתמש בו ב' שנים אשתמש בו אני לבדי כנגדו דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואלו רצה חבירו היה משתמ' בו עכ"ל (עכ"מ) :

ז' דין ט' אחד השוכר וכו' הראב"ד בהשגות פ"א מה' שכנים חלק על הרמב"ם משום שעל מנת כן שכרו וקרוב אני לומר אף במוקח כן ולא אמרו גוד או איגוד אלא בירושה או מתנה ע"ש וכת' הרא"ש והטור בשם הר"י הלוי כדברי הראב"ד דדוקא בירושה ומתנה אמרו גוד או איגוד אבל לקחו שנים בית בשכירות אין א' מהם יכול לומר גוד או איגוד וכן כתב הנ"י בשם הרא"ה והריטב"א אבל הרשב"א בסי' תתקי"ג השכים עם הרמב"ם עיין שם והכנה"ג הגה"ט אות מ"ז תמה על תשו' שכ' יש מי שאומר דאין דינא דגוד או איגוד אלא בלוקחים ולא ביורשים וליתא דתשו' הר"ן סי' ל"ה היא ביורשים ואפ"ה כת' דין גוד או איגוד ואין ספק שנעלם מהם מ"ש הטור והנ"י דלא פליגי אלא בלוקחים אבל ביורשים הכל מודים דאית דינא דגוד או איגוד עיין שם באורך וזה מבואר בגמ' דף י"ג דביורשים איכא גוד או איגוד עיין שם ועיין בתשו' מהרא"נ"ח חלק א' סי' ע"ז והרב תורת חסד סי' ר' עיין שם :

ח' דין יו"ד הגה ויש חולקין בזה וכו' זה דעת ר"ת והרא"ש והרמ"ה בפרק קמא דבתרא סימן ק"ע וסימן קע"ג דף מ"ד ע"ב ע"ש ומרדכי שם כ' דבעל העיטור פסק דהלכה כת"ק ל"ש מכר ול"ש מתנה וכו' וכ' ר' מאיר כ"ל דהלכה כת"ק וכו' ותשו' מהר"ם היא בקלרות סימן ר"ח וז"ל ובעל העיטור כתב דהלכה כת"ק ל"ש מכר ול"ש מתנה ומפ' הכי אי בדמי לית ליה למיתב משום דלית דינא דגוד או איגוד וא"כ למסקנא דמסיק אמימר דאית דינא דגוד או איגוד אם כן לת"ק שומעין לו משו' דאית דינא דגוד או איגוד ואע"פ שאיני כדאי להכריע כ"ל דהלכה כת"ק וכו' ע"ש ודברי בעל העיטור הם בדיני חלוקת קרקעות עש"ב וכו' דמהר"ם לא השכים עם בעל העיטו' דאפילו במכר דהלכה כת"ק (עכ"מ) :

ט' דין י"ב אפי' בדבר שכולו אינו ראוי לא' עיין בתשו' בשמי' ראש סי' ק"ך ובהמגיה שם :

יו"ד דין ט"ז וי"א דלא שייך ביתומים גוד או איגוד וכו' ל' הטור כתב תשוב' רב האי דדנים להם גוד או איגוד אבל א"א הרא"ש בתשו' כת' דלא שייך ביתומים גוד או איגוד שאין אפטרופוס רשאי למכור חלקם וכ"כ ר"ת עיין שם ודברי ר"ת הם בתו' בפרק השולח ובפרק הא"נ כ' דר"י חזר והודה לדבריו וכן כתב הסמ"ג עשין ל"ו והרא"ש בפרק אלמנה ניזונת והרשב"א בחי' בפרק השולח ובתשו' חלק ב' סימן ש"ם והביאם מרן הב"י סימן ל"ט מ"ה עיין שם והביא דברי הרמ"ה דאין מעמידי' אפטרופו' לגוד או איגוד וכן ראיתי להרמב"ם בתשו' בס' פאר הדור סימן קל"ט שכת' וז"ל אם הוא ערער קודם ששאל בב"ד לא יתחייבו הקטנים בדינ' דגוד או איגוד ואם שאל לב"ד ואח"ך ערער כדי להבריחם מן הדין אז ישימו ב"ד אפוטרו' לקטנים וישאל לדינא דגוד או איגוד וכו' ע"כ הרי דסבירא ליה דלא שייך ביתומים דינא דגוד או איגוד ואין להעמיד להם אפטרפו' אא"כ אחר ששאל לב"ד ונתן זה לקטנים כדי להבריחם גם הריטב"א בחידוש' לקידושין כתב בשם רבו כדברי ר"ת דאין לחלוק בגוד או איגוד ודחה ראיות ר"י עיין שם וכן כתב בחיד' ליבמות שכן פסק הרמ"ה ע"ש וכן כתב הרדב"ז ח"ב סימן קט"ו בשם הרמב"ם בתשו' עיין שם וכן סתם הטור בסימן רפ"ט ומהר"ם שם וכן דעת מהרשד"ם סימן רל"ו ומהרא"נ"ח סימן יו"ד כמ"ש הרב כנסת הגדולה עיין שם וכן ראיתי למהרח"ש ח"א סימן ח' שכ' בכ"ד דאין שמעון יכול לומר ללאה גוד או איגוד דלא שייך ביתומים כמ"ש הרא"ש וה"נ כיון שהיא פחותה מבת ד' דקיימא לן שאין מכירתה בקרקע אביה מכירה לא שייך עמה גוד או איגוד עיין שם מיהו כת' הרשב"א בתשו' בשם הרמ"ה דאם א' הקנה נכסיו לקטן כדי להבריח מדין גוד או איגוד מעמידין להם אפטרופו'

עיין

עיין שם וכן ראיתי לה' כנסת הגדולה בתשוב' חלק שני סי' מ"ב בב' שותפי' בבית ולא רצה א' לבנות הנהרסות וגזרו ב"ד לבנות ולא רצה והלך וכתבה לבניו הקטנים במתנה שכת' וז"ל כיון שהוא נתן לבניו כדי שלא יחייבו בכיסין אף אנו מעמידין אפטרופוס לקטנים כדי שיבנו ואמינא לה מדאמרי' בפ' השולח ההוא עבדא וכולי אזל אקנייה לבנו קטן וכולי כאשר עשה כן יעשה לו וכולי מוקמינן ליה אפטרופו' וכולי ע"ש הרי אף על פי שאין מן הדין דאפטרופו' ישחרר עבדי' של יתומי' בכאן מוקי' לאפטרופוס לשחררו מפני שכאשר עשה כן יעשה לו וכן ביבמות פרק ב"ש אמרינן הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו לו שלא כהוגן והכא נמי כיון שהוא עשה שלא כהוגן עושי' למנות אפטרו' עיין שם וכה"ג אמרי' בפ' הכותב גבי תולה מעותיו בנכרי וכופין אותו למכור קרק' וליתן לב"ח מעות דהוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו לו שלא כהוגן וכמבואר בסימן ק"א עיין שם וגם תשו' הרשב"א בשם הרנ"ה סייעתיה שכ' דאם הקנה נכסיו לקטן כדי להבריח מדין גוד או איגוד מעמידים לו אפטרופ' ודברי הרמ"ה הם בפרק קמא דבתרא סימן קע"ג דמ"ו ע"ג וז"ל אלא אפי' היכא דאקנייה לקטן דלא בר חיובא הוא ה"מ במידי דנפל ליה בירושה א"נ דזבין ליה אפטרופוס דידיה וכו' אבל במידי דנפל במתנה דמוכח מילת' דהוא דיהביה ניהליה לאשתמוטי מדינא דגוד איגוד דיהב ליה מוקמי' ליה אפטרו' ובריר ליה לקטן ההוא אנפא דעדיף ליה או למיגד או לאיגוד תדע נמי דהא לגבי דינא דב"מ כגדול חשבי' ליה לסלוקיה מדאמרי' לאשה וליתמי ולשותפי' לית משום דב"מ הני יתמי ה"ד אילימא גדולים כ"ע יתמי נינהו אלא לאו קטנים דטעמא דיתמי הא לא יתמי אית בה משום דב"מ אלמ' בקטן נמי מסליק בדינא דב"מ וה"ה בדינא דגוד או איגוד וכולי עד כאן לשונו ונראה דלכ"ע שייך גבי אשה גוד או איגוד אף ע"ג דלית בה דינא דב"מ דהא ביתומים קטנים ליכא דב"מ ומטעם אחר לא שייך גוד או איגוד וכן מוכח בתשו' הרא"ש כלל צ"ח והביאו הטור סימן כ"ז וכ"כ מדברי מהרא"ש בתשו' שם ומהרא"ח סימן ע"ז עיין שם גם הרשב"א בתשוב' ח"ב סי' רל"ה וז"ל לאה וראובן יש להם בתים משותפות וכו' וראובן אינו רוצה לחלוק מפני שאין ארבע אמות לזה וד' אמות לזה חוץ משל פתחים וע"כ רוצה להכריח את לאה למכור את חלקה או לקנות כל חלקו בדינא גוד או איגו' והורו מקצת חכמי עירנו שלא אמרו חוץ משל פתחים אלא בחצר בלבד וכולי והאריך בתשוב' עיין שם משמע דגם אשה שייך בגוד או איגוד וכן כתב הרשב"ש סימן ס"א וסימן רמ"ט באלמנה שהגבו לה ב"ד קרק' דיכולי' לומר לה גוד או איגוד עיין שם ומ"ש הטור בשם הרמ"ה דבית דין מעמידים אפטרופוס לקטנים ודני' גוד או איגו' ז"ל הרמ"ה בפרק קמא דבתרא סימן קע"ג דמ"ו ע"ג אלא אפילו היכא דאקנייה לקטן דלאו בר חיובא הוא ה"מ במידי דנפל ליה בירושה א"נ דזבין ליה אפטרופו' דידיה וכולי אבל במידי דנפל ליה במתנה דמוכח מילתא דהוא דיהבה ניהליה לאשתמוטי מדינא דגוד או איגוד דיהיב ליה מוקמ' ליה אפטרו' ובריר לקטן ההוא אנפא דעדיף ליה או למיגד :

סימן קע"ה

א' דין ה' שמכר חלקו וכו' לכאורה משמע בשותף יכול לסלק הלוקח אפילו במטלטלין מדכ' קרקע גבי ב"מ וגבי אחים השותפין כ' סתם שמכר חלקו מהריק"ו סימן ב' והמבי"ט חלק ראשון סימן קמ"ד נמשך אחריו עיין שם ועם מ"ש בסימן ס"ו דין כ"ג על תשו' וכבר מרן הב"י והרדב"ז חלק ב' סימן של"א דחה דבריו עיין שם וה' בית יהודה חלק ראשון סימן י"ב כ' בעבד של שני שותפין דאין בו דין מצרנות דבמילי דרבנן עבד כמטלטלי עיין שם ולא זכר מה שכ' מהריק"ו ומהרימ"ט דאפילו במטלטלין שותף יכול לסלק הלוקח :

ב' ויש אומרים שאפילו הוא מצרן וכו' השמ"ע תמ' למה כתבו בשם יש או' דלא מצינו מי שחולק על זה עיין שם ואף על גב דכתב השמ"ע בסימן ע"ז סק"ח ובסימן ל"ה סק"י דמרן שכ' י"א לאו משום דאיכ' פלוגתא אלא שכן דרכו בדין שלא נזכר ג"כ בשום פוסק בהדיא עיין שם נראה דהיינו דוקא אם לא הזכירו הפו' אבל הכא דבעל העיטור והרשב"א והרא"ש ורבינו ירוחם כתבו דין זה כמבואר בב"י לא היה כותבו בשם י"א :

ג' מסלקן השותף וכולי נראה דהיינו דוקא כשמכר חבירו חלק השדה שהוא משותף בה מפני שיש לו חלק בגוף השדה ועדיף ממצרן אבל אם מכר למצרן שדה הסמוכה לשדה המשותפת אין השותף מסלקו דאין לו בזה השדה אלא דין מצרן ומצרן שקדם וקנה אין שאר המצרנים מסלקים אותו הרב כנה"ג בתשובו' חלק ראשון סימן ר' עיין שם :

ד' דין ו' וזה הלוקח חייב בשלוחו וכו' כתב בתשו' המיימוניות השייכות לסדר קנין סימן ל"ב דהיינו דוקא כי אמר ליה זיל זבין ואמרתי לו דכ"ש הוא דאפילו אמר ליה זבין לעצמך כל שכן סתמא עיין שם נראה דהא דאמרינן בפרק המקבל דק"ח השתא דאמר' דצריך למיקנא מיני' אי לא קנו מיניה איקור וזול ברשותי' לסברא קמא א"ש מ"ש השתא וכו' דאי לא צריך למיקנא מיניה ולא אמ"ל זיל זבין לא חייב שלוחו דלמאן דאמר דכ"ש הוא נר' דרבותא קאמר דאפילו אמר ליה זיל זבין לעצמך חייב שלוחו וכל שכן סתמא ולכך קאמר השתא וכולי דבדאמר ליה זיל זבין לא שייך אלא השתא דצריך קנין ועיין שם ברש"ל :

ה' הגה ואפילו אמר המוכר וכולי (א"ה זה הל' יש בו קצת גמגום וחסרון דברים ואפילו הכי לא נמנעתי מלהעתיקו) וזה לשון מהר"א הלוי בתשוב' המיי' לסדר קנין סימן ל"ב ועוד אחרי שהקונה רוצה להחזיר הקנין לחמיו או כבר התנה אם כן דמיא להא דאמרינן לבעלים הראשונים לית בה לדינא דבר מצרא ואין הנדון דומה לראיה דהתם אם נמכר לו בעלים הא' אבל הכא כבר נסתלקו הבעלים ואין אחר קנין כלום וכו' וגם מה שכתב שאין דינו בהדי מוכר אלא בהדי לוקח הא ליתא אלא לענין זה שיסלק הלוקח ויתן הדמים לו אבל בנ"ז אם כבר נסתלק הלוקח שהחזיר המוכר דמיו נמצא מקום שניהם מסולקים מן הקרקע והמצרן יאמר למוכר לא מן הקרקע שאחרי שהנכרי שלוחו אם כן הו"ל כאלו המצרן קנה נגד המוכר ויצטרך המוכר להעמיד הקרקע וכולי והסכים עמו מהר"ם שם דאם כן אין המוכר מפסיד כגון שהמצרן חפץ לקנות כל שדה של מוכר וכולי לוקח הוי שליח המצרן ונקנה הקרקע למצרן ודינו של המצרן על כל המחזיק באותה קרקע אם ביד הלוקח הוא דינו עם הלוק' ואם המוכר והלוקח עשו קנוניא יחד להפקיע הקרק' מיד המצרן שהחזיר המוכר ללוקח מעותיו נצלו במים אדירים והעלו חרס בידם דלא יוכלו להפקיע בכך הקרקע וכולי ע"ש הרי דאפילו החזירו הלוקח למוכר בקנין אינו כלום:
ועיין

ועיין בהסמ"ע אבל י"ל שכ' הרמב"ם והטור ומרן דפירו' שאכל הלוקח קודם שבא המצרן לסלקו אין צריך לשלם וכתב המ"מ דסבירא ליה אף על פי שהוא כשליח דוק' כשסלקו או בא לסלקו אבל קודם לכן הרי הוא כלוקח עד אותו זמן ואין מחשבינן ליה פירות שאכל עיי"ש אם כן אם חזר הלוקח וקנה לבעלים קודם שערער המצרן קנה מהאי טעמא דהוי כלוקח עד אותו זמן ותשו' המיי' אף על גב דס"ל דאפילו חזר קודם לכן אינו כלום דהוי כשליח אפשר דסב"ל כדעת ריא"ז שם דאם הלוקח אכל פירות קודם שבא המצרן מחזירו לו שכל שבח הקרק' של המצרן א"כ מאותה שעה שלקח הלוקח שלוחו הוא ובחזרתו לא פקע שליחותו אבל לדידן יהוי כלוקח כל אותו זמן אם חזר והקנה אותו לבעלים ועיין בספר נתיבות משפט דף ל"ז ומכל מקום בנדון דידן שמכר כדי לעלות לארץ ישראל נראה ודאי דליכא דינא דבר מצרא כדקיימא לן המוכר שדה רע כדי לקנות בדמים שדה יפה וכולי וכן מוכר לקבורה או למזונות וכתב הרמב"ם הטעם שכל אלו טרודים הם למכור ומשום צורך גדול מוכרים ואם יש בה' דינא דבר מצרא לא ימצא לוקח שאו' למה אטרח ואקח כדי שיבא זה ויסלק אותי ואין הבעלים יכולים להמתין וכו' עיין שם וכתב הרב שפתי כהן ס"ק ל"ח נראה נר' מי שעוקר דירתו לעיר אחרת ומכר ביתו דאין ב"מ יכול לסלקו ללוקח דהא בסימן ק"ן סי"ג מקרי מוכר שדהו מפני רעתה עיין שם וכל שכן לעלות לארץ ישראל דיפה לכל דאפילו מנוה היפה לנוה רע כופין לעלות :

ו' כתב הרשב"ש בתשו' סימן תנ"ד בא' שקנה ולא היה ב"מ יכול לסלקו לפי שידו תקיפה וז"ל וכ"ז שיד הקונה תקיפה לא בטל דינא דב"מ ועד עתה יש לו אותו דין ויכול לסלקו באותם מעות שקנאו ואני אומר שחייב לתת לו שכירות מיום שקנאו ועד עתה לפי שהרמב"ם כתב שהקונה הוא שליח לב"מ והסכים עמו הרמב אם כן הקרקע של השותף הוא וזה שלוחו הוא ויטול מעותיו וינכה מהם שכירות אותם שנים שדר בו עד כאן לשונו ומ"ש שהרמב"ם כתב שהקונה הוא שליח לב"מ והסכים עמו הרמב"ן וכ"כ בסי' ע"ע והביא ראיה לדבריהם מדאמרי' בפ' המקבל דאם א"ל ב"מ זיל וקני צריך למיקנא מיניה וכו' ואם אין לו קנין בקרקע למה צריך לקנות ממנו עיין שם וכן אמרי' שם דאם לא קנו מיניה אייקור וזול ברשותיה וכ' כל הפוסקים משום דהוי שלוחו וכ"כ בתשו' המיי' סימן ל"ב עיין שם וכבר כתב הרמב"ם בפרק י"ג מהלכות שכנים שמחשבי' לו הפירות שאכל כשאכלם אחר שבא ב"מ והביא מעות לסלקו אבל כל הפירות שאכל מקודם שלו הוא אוכל וכ' המ"מ אע"פ שהוא כשליח דוקא כשמסלקו או בא לסלקו אבל קודם לכן הרי הוא כלוקח עד אותו זמן וכולי וכן כתב הטור עיין שם ואם כן בכ"ד דדב"מ בא לסלקו ולא יכול לו ודאי דמחשבי' ליה הפירות שאכל :

ז' א' שמכר קרקע בהקפה לזמנים והמצרן רוצה ליתן משכון טבי ותקילי והחליטו לו רק על זמן שקבעו לחזור וימכרנו לו במעות במזומנים טבי ותקילי ובכל זאת מה רצה המוכר באומרו הלוקח נוח לי למיתן ליה בלא משכון ממה שאתן לך במשכון כתב הרב מהר"ג בס' חוות יאיר סימן פ"ז דאין המצרן יכול להשביעו שאינו מערים אלא יחרים סתם יע"ש :

ח' כ' המבי"ט ח"א סי' קס"ח דאם טען האפטרופו' שקנה בעד היתומים נר' שאינו נאמן אם אינו כתו' בפי' בשטר שקנה ליתומי' או אין עדי' בדבר שהרי כת' ה' המוכר ליתומים קטנים וכולי משמע שהוא דבר ידוע שמכר ליתומים ממש או לאפטרו' בעד היתומי' ע"ש :

ט' דין י"א וקנאם במדינה אחרת וכו' כ' מהראד"ב סי' קל"ב דאפי' אשתו שהיא כגופו אין יכולה לסלק ללוקח ומ"ש בסי"ד עמדה היא וסלקה וכולי ה"ד בנכסי מלוג דקרן שלה ע"ש :

יו"ד דין י"ט מכרה לוקח א' ללוקח ב' וכו' כ"כ הטור בשם הרמ"ה וכ"כ הראב"ד והרמב"ן והרשב"א והר"ן הובאו בש"מ למציעא דף ל"ה וכן כתב בעל העיטור דף ל"ב ע"ג ודק"א ע"ש הטעם ועיין הרדב"ז חלק שני סימן תקכ"ח שפסק כן ולא זכר דברי בעל העיטור והטור עיין שם וכתב עוד שם וכן לענין אחר אין דינא שוה דהא לדעת ר"ת דלא אמרינן דדב"מ בבתי' מודה הוא בשומא דשומת בתים הדרא עי' שם וא"ל דגבי אשה אמרינן לית בה דדב"מ וגבי שומא אפי' לאשה הדרא אלמא איכא הישר והטוב בשומא טפי מדדב"מ וכן בבתים לדעת ר"ת ובמוכר לאחר דמצרן מסלקו ושומא לא הדרא דהתם טעמא רבה איכא ועיין בתשו' רש"ל סימן כ' :

י"א דין ד' טרפה ב"ח בחובו המצרן מסלקו וכולי כ' הרדב"ז חלק שני סימן קס"ה בג' שותפין בבית ראובן ושמעון ולוי ושמעון יש לו חוב על ראובן בשטר ושעבד לו נכסיו ומכר שמעון חלקו ללוי וראובן רוצה להוציאו מיד לוי ז"ל הדין עם לוי ואין ראובן יכול להוציאו מידו לא מצד שהוא ב"מ ולא מצד השעבו' וכולי מטעמא דשותף כיון שקדם אחד מהם וקנה אינם יכולים לסלקו ואי מטעמא דשעבודא לא ידענא מה היא דרוב בני אדם יש עליהם שעבוד חוב וא"כ נאמר שלא יהא דדב"מ כיון שיש עליו שעבוד ויהא ב"ח קודם לב"מ וכיוצא לזה לא שמענו וכולי ותו דמי עדיף שעבוד זה ממשכנתא וכולי ואף על גב דנראה מדברי רש"י והתוס' דבעל המשכונה יכול להוציא מיד המצרן ה"מ משכונה דהתם שכונה גביה אבל שעבודא דאית ליה על הבית לא אמרה אדם מעולם דיוכל להוציא מהשותף או מבן המצר ואפי' מאיכים דעלמא אם קדם וקנה לא יוכל להוציא וכו' עד כאן לשונו ולא זכר מ"ש הרמב"ם דאפי' כבר טרף ב"ח המצרן יכול לסלקו וכ"ש אם קדם המצרן וכן כתב הרשב"ש סימן רמ"ט וז"ל ואם אין שם אלא קרקע זה והגבהו לה ב"ד בכתובתה אין בו דד"מ דאשה ויתמי לית בהו דדב"מ וכולי עיין שם משמע דבלא"ה יכול בר מצ' לסלקו אף על גב דשעבודא אית לה בקרקע וכן כתב הריב"ש סי' תפ"ג ע"ש :

י"ב דין כ"ג אין המצרן יכול לסלקו וכולי ראובן שקנה קרקע משמעון ומכרה ללוי יכו' המצר לסלק את לוי ול"ד לדין דשומא הדרא דאם מכר או הורים לא הדרא וכו' הרדב"ז ח"ב סי' תקנ"ח ע"ש :

י"ג אין המצרן יכול לסלקו וכו' כת' הרשב"א בתשו' חלק ב' סי' פ"ה ראובן קנה בתים משמעון ופרע לו מקצת והשאר זקפן עליו במלוה לזמן ובא בעל המצר ואמר לב"ד שהוא מזומן לפרוע לשמעון כל הסך שראובן פרע לו והשאר כמוהו אין בזה משום דדב"מ דכל שיש קפידא בדבר אין בו משום דדב"מ וכיון שכן כל שזוקף במלוה שהלוקח נוח לו וכו' ומסתברא דאפי' יאמר עכשיו המוכר בן המצר נוח לי כראשון אפ"ה אין בכך כלום לפי שלא תקנו אלא במה שאין דרך המוכרים להקפיד וכולי עיין שם :

י"ד דין כ"ט בא הלוקח ונמלך וכולי נהגו בעיר הזאת

הואת בית דין אחר בית דין דאם נכתב השטר אפילו לא נמלך בבן המצר זכה הלוקח אלא שטועים לסופר על שלא נמלך וה"ט משום דרוב האחרונים סבירא להו דאין בחזקות שלנו דדב"מ וכ' מהרח"ש חלק ראשון סי' ט' שכן ראוי להורות הלכה למעשה עיין שם ומיהו דוקא כשלא נכתב השטר יפו כח החזקה כדין קרקע שיש בו דדב"מ אבל כשנכתב השטר לא וא"כ נראה פשוט דאם הלוקח נמלך בב"מ וא"ל לך וקח אף על גב דבקרקע קיימא לן דלה בטל זכותו אלא אם כן קנו מידו בחזק' שגי בנתינת רשות ואין צריך קנין וכן ראיתי לה' כנה"ג בתשו' סימן קכ"ב שכתב דאפילו במקום שהסכימו שיהא לחזקה דין קרקע ונוהג בו דדב"מ א"ל דלא וכולי אלא לענין דין קדימה ואפילו קנה הלוקח בעל החזקה מוציא מידו אבל שיהא צריך קנין בא"ל זיל וזבין אפשר דלא וכו' וכן העלה מהר"ם הלוי סי' מ"ג דסגי בנתינת רשות עי' שם הרי דאפי' במקום שהסכימו שהחזקה כקרקע דאפי' קנה הלוקח בעל החזקה מוציא מידו סגי בנתינת רשות דלא יפו כח החזקה כקרקע לגבי הקנייה :

ט"ו א' בקנה קרקע להקדש עניים ונמלך בבן המצר וא"ל לך וקח נסתלק בלא קנין דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ואף ע"ג דפלוגתא דרבוותא היא בהקדש עניים לוקח היא מוחזק ואין מוציאין מידו הרב כנה"ג בתשו' סי' קכ"ב והר"ן בפרק קמא דקידושין גבי גזבר שנתן מעות בבהמה וכו' כתב דלא שייך אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט במוכר אלא כי איכא רווחא להקדש דהוי כעין נדר אבל כי ליכא רווחא להקדש אין כאן נדר ולפיכך הקדש אינו קונה אלא במעות והא דאמרי' פדאו במאתים וכו' דמשמע דוקא פדאו אבל בדבור בעלמא לא אף על גב דאיכא רווחא להקדש התם נמי ה"ט דבשעת שומא לא הוה ביה רווחא להקדש ואע"ג דנשתנה השער אחר מכאן כיון שאין הדבור חל בשעתו א"א לו לחול לאחר זמן וע"ש בתוס' ואם כן הכא נמי אם בשעה שא"ל לך וקח לא היה ריוח להקדש יכול לחזור בו ומהר"א לפפא בתשו' בס סי' קכ"א כ' דה"ט דצריך קנין משום דיכול לומר משטה הייתי בך כדי להעמידה על דמים הראויים וה"ה בהקדש מה"ט ע"ש ואיברא דהרדב"ז סימן קע"ג כתב דאין אדם משטה להקדש (א"ה עכ"מ) :

ט"ז הגה י"א דזכה הלוקח מיד וכולי כ"כ המרדכי והוא בתשו' מהר"ם הקצרות סימן קמ"ח וז"ל ודוקא כי א"ל המצרן בפי' איני רוצה לקנות והלך הלוקח וקנאו לעצמו כבר פקע שליחותו ע"ש :

י"ז דין ל' אבל אם מחל זכותו לו אחר שלקח וכו' אם הלוקח אמר שמחל והלה מכחישו נראה דעל הלוק' להביא ראיה דהא דקי"ל בסימן מ"ה דצריך בעל המצר להביא ראיה ה"ד בטוען הלוקח גזלן אתה וכולי דספק אם הוא בעל המצר או לא ואפילו בטען הלוקח מפני המס מכר לי המוכר והמצרן טוען ברי שקר הוא דנשבע הלוקח התם דהספק אם המצרן יכול לסלקו הלוקח מיקרי מוחזק אבל הכא דודאי המצרן יכול לסלקו וספק אם מחל לו כל ספק במחילה הוי כאומר איני יודע אם פרעתיך וכן כתב מהראנ"ח בתשו' ח"ב סימן ג' עיין שם וכה"ג כתב מהר"ם בתשו' המיי' לה' אישות סימן ה' בד"ה אוהב כסף וכולי ע"ש :

י"ח דין ל"א נמלך המוכר בבן המצר וכולי דוקא אם נתברר שנגמר המקח על הלוקח בסך ידוע דאז אם נמלך המוכר עם המצרן שימכור לו באותו סכום וא"ל המצרן זיל זבין אין צריך קנין ה' גנת ורדים כלל ו' סימן ו' וז' וכן מצאתי למרן בתשו' בס' אבקת רוכל סימן קכ"ג וז"ל אלא שי"ל דע"כ לא אמרה הרמ"ה דלא צריך למיקנא מיניה אלא בשלא ערער המצרן עד שקנה הלוקח וטעמא משום דכיון דאין דעתו לקנות לא יעשה הלוקח שלוחו בע"כ כמ"ש ר"ש אבל היכא שמערער המצרן קודם שיקנה הלוק' יכול הוא לחזו' וכו' ואפ' דאפי' קנו מיניה יכול הוא לחזור בו ולטעון טענת מצרנו' כיון שעדיין לא נמכ' הקר' דל"מ הקנין אלא היכ' שבא לסל' הלוק' אח' שקנ' הקרק' וכו' ועיין בתשו' מהר"י באסן סי' קכ"א:

י"ט דין ל"ב ודוקא משטה שנתגלה וכו' כ' הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י וז"ל ומה שטען שמעון שלא נודע לו הדבר בתוך הזמן הזה וכו' אינה טענה לפי דעתו שכל שנמכר בקנין ובעדי' קלא אית ליה למכירה ועוד שכל המוכר בפרהסיא הוא מוכר כדי שיקפצו קונים על מקחו ולזה גובה מנכסי' משועבדי' אלא שיש לחלק אם הקונה והמוכר הללו נתכוונו להעלי' הדבר כדי שלא ידע השותף את המכירה וכולי עיין שם ונראה דס"ל דהא דאמרינן בפ' ח"ה דמאן דזבין בפרהסיא זבין היינו שהמוכר מוכר בפרהסיא כדי שיקפצו עליו קוני' כפי' רשב"ם שם ומה"ט גובה מנכסי' משועבדים ומלת ועוד ט"ס דאע"ג דמוכר בפרהסיא מוכר עדים הוא דמפקי לקלא וה"נ דכיון שיש קנין ועדים והמוכר מוכר בפרהסיא אינו נאמן לומר שלא שמע וכ"ת אם המוכר גוי וקנה ישראל ממנו בעש"ג נאמן המצרן לומר שלא שמע דעדי ישראל הוא דמפקי לקלא כדקי"ל בסי' ס"ח דשטר בעש"ג אינו גובה מנכסי' משועבדי' עיין שם והא דקי"ל דקנה מהגוי אין המצרן יכול לסלקו (א"ה עכ"מ) :

כ' דין ל"ו ואפילו אם המצרן רוצה להקנות כל נכסיו וכולי מרן בב"י כתב משמע מדברי רש"י דאם זה רוצה לקנות כל הנכסים או מצרן כל שדה ושדה רוצה לקנות שדה שהוא מצרן בה אית בה דדב"מ וכן כתב בהג"א בשם א"ז דלפירש"י אם יצאו מצרנים כולם וערערו מסלקים ללוקח אבל הרא"ש כתב אפילו אם המצרן ג"כ רוצה לקנות כל נכסיו וכו' עכ"ל ואינו מוכרח דאפשר דלכ"ע אם המצרן רוצה לקנות כל נכסיו אינו יכול וכן כתב הלח"מ בפי"ג מה' שכנים דין י"ח די"ל דאין יכול לומר לו אקח שניהם דאין לו כח אלא על זה שהוא בן המצר ולא על אחר שאינו בן המצר עיין שם וא"כ אפשר לומר דאם מצרן כל שדה ושדה רוצה לקנות שדה שהוא מצרן איכא דינא דב"מ אבל אם מצרן א' רוצה לקנות הכל כיון דאין לו כח לקנות שדה שאינו מצרן בה ליכא דינא דב"מ וז"ל בעל העיטור בדיני מכירה דף ק' סע"ב מכר כל נכסיו וכולי מ"ט דא"ל את לא קנית לכל נכסי והאי נמי בלא הדא ארעא לא זבין לאחריני וקמאי מפרשי דלא ניחא דליפוש שטרי עילויה וסברא דכולהו דל"מ למימר בר מצרא אנא וזבינא לכולהו נכסי וכולי עכ"ל משמע דלכ"ע אין המצרן יכול לקנות הכל אבל אם מצרן כל שדה ושדה רוצה לקנות שדה שהוא מצרן בו לסברא א' הדין עמהם אבל לדעת קמאי לא ניחא ליה דליפוש שטרי עילויה אבל הרמ"ך בש"מ פ' המקבל כתב וז"ל ולא עוד אלא אע"ג דלא קיימי כולהו ארעתא אחד מצרא ואמר ב"מ ללוקח אנא זבינא להו לכולהו ארעתא דזבנת מיניה כיון דאנא ב"מ בחדא ארעא ואי לא בעית דאי זבנני' לכולהו ארעתא זבין לי מיהא הך דקיימא אמצרא דילי דינא קאמר מיהו נראה לומר דהיכא דאתו כל בני מצרני' בהדי אהדדי בהא הוא דא"ל דלית בה משום דינא דב"מ דמצי לוקח אמר לא בעינא לזבוני

לזבוני לכולהו כי היכי דלא ליפשו שטרי עילויה וכו' עכ"ל הרי דס"ל דאם מצרן א' רוצה לקנות הכל הדין עמו אבל אם מצרן כל שדה. ושדה רוצה לקנות שדה שהוא מצרן בו ליכא דינא דב"מ משום דלא ניח"ל דליפוש שטרי עילויה מיהו הרמ"ך שם הוכיח דהרמב"ם ס"ל דאפילו כולהו ארעתא קיימי אמצרא דא' ליכא דדב"מ עכ"ל:

כ"א דין ל"ז

וה"ה אם מכרן לבן וכולי ל"ע בא' שמכר קרקע שלו לבנו אם יכו' ב"מ לסלקו דהבן יכול לומר דזה יותר ישר וטוב שאני מחזי' אחוזת אבותי ולזה הדעת נוטה הס"ך ובדברי מהר"ם בתשוב' המיי' לס' קנין סימן ל"ג מבואר דמוכר לבנו ולאחנו דינו כאחר ואיכא דינא דב"מ ע"ש אבל הרי"ף בתשו' והובא בש"מ בפר' המקבל בא' שנתן מתנה לבנו באחריות וז"ל טענה שטוען חנוך מדין ב"מ על בניו של נוהן היא טענה בטלה וכו' וזה שהעיקר בדין המצר הוא משום שנאמר ועשית הישר והטוב ואיזהו הדרך הנכונה והישרה בעשיית הישר והטוב להשאיר הקרק' ביד בעליו הזוכים בו מצד אביהם וכו' הלא אמרו לבעלים הא' לית בהו דינא דב"מ לפי שראה שחזרת לבעלים הא' היא יותר ראוי בעשיית הישר והטוב ממה שיקח אותו ב"מ וכולי עכ"ל ולכאורה משמע אפי' בא המצרן ובעלים הא' ליקח בעלי' הא' קודמים דראוי הוא בעשיית הישר והטו' יותר מב"מ וכן נראה מדברי מהר"ם בתשובות' הקצרות. סימן ר"ח שכת' וז"ל אבל נ"ל אי הוה טעין מהדרינן שטרא למרייהו הוה טעין אידך אני הייתי מעכב על ידך למוכרה להם לפי שעתה אני מצרן ולא הם דהא אמרינן בפרק המקבל לבעלים הא' לית בהו משום דדב"מ וכולי עי"ש משמע דאפי' בא המצרן. ובעלים הא' יחד לקנות בעלים הא' קודמים ואפי' לגבי שותף דמיירי התם ודברי תשו' מהר"ם הובא במרדכי בפ' בתרא דכתובות עיין שם וכ' מהרא"ח סימן קכ"ה דמדברי בעל העיטור הובא בב"י שכ' וזה לשונו בן בעלים הא' לית בכלל בעלים הא' ואמר דאי קדים ב"מ וזבין מקמי בן בעלים זביניה זביני עד כאן לשונו משמע דלגבי בן דוקא זביניה דמצרן זביני אבל לגבי בעלי' הא' אפי' אי זבין מצרן לאו זביני וכל שכן אחר אלא שזה א"א שכל הפוסקים כ' דאם קנה אחר אין הבעלים מסלקין ובודאי שהלשון המכוון הוא דאי קדים ב"מ וזבין מקמי בעלים זביניה זביני ותרתי קאמר חדא דבן בעלים לאו בכלל בעלים ועוד דין אחר דהא דמכרו לבעלים וכולי אם קדם ב"מ וזבין מקמי בעלים זביניה זביני וכן מוכח מדחזר לומר ואמר דאי קדים וכולי עי' שם וכן ל' בעל העיטור בספרו דף ק' ע"א ואי קדים ב"מ וזבין מקמי בעלים הא' זביניה זביני עיין שם וכן כתב בדיני אפותיקי דמ"ב ע"ב דמשכנת' ובעלים הא' לא מפקי מב"מ עיין שם ואם כן ס"ל דבן בעלים הא' אפילו קדם וקנה ב"מ מוציא נממנו אבל הב"י כת' בשם הר"ן וז"ל אם מכר לבעלים הא' אין בעל המצר מוציא מידו. אבל באו שניהם לקנות בעל המצר קודם וכו' ומסתבר' דכי היכי דאמרי' דאין מוציא מיד הבעלים הא' ה"ה זבנה לבנים דבדידהו נמי איכא משו' ועשית הישר והטוב דומיא דשומא דהדרא משום ועשי' הישר והטוב והדרא נמי ליורש וכו' עי"ש הרי דסביר' ליה דשייך הישר והטוב לגבי הבן כאב הפך בעל העיטור ושוב ראיתי להב"ח בתשו' סימן י"ג שכ' דאפשר דה"ד אם כבר מת האב דהשתא היורש כרעא דאבוה ובמקום בעלים הוא דומיא דשומא דהדרא ליורש אבל בחיי האב אין זכות לבן בקרקע ובזה ניחא דהב"י ובעל העיטור לא פליגי דלאחר מיתה מודה בה"ע דיורש במקום אביו ואם קדם וקנה אין ב"מ מוציא מידו ודוקא בחיי האב קאמר דבן בעלים ליתיה בכלל בעלים עיין שם באורך וכן נראה שהרי בה"ע מדמה לה לשדה אחוזה שכ' לבעלים הא' לית בה משום דדב"מ שאין לך טוב וישר גדול מזה דכתיב בשנת היובל ישוב השדה לאשר קנהו מאתו עיין שם ובשדה אחוזה אם מת המוכר חוזר ליורשיו ביובל כדמוכח בסוף פ' השולח דתניא בכור נוטל פי שני' בשדה החוזר' לאביו ביובל וכ' רש"י בשדה החוזרת לאחים נחנות שמכרה אביהם דאם דחוזה בחיי האב פשיטא וכולי עיין שם והכא נמי יורש במקו' אביו ואם מכר ליורש בעלים הראשונים אין בר מצרא מוציא מיד דאין לך טוב וישר גדול מזה כמו דשדה אחוזה וכן שומא הדרא ליורש אפילו שומא הנעשית בימי אביהם חוזרת ליורשים כדמשמע. מדברי הרמב"ם ומרן סימן ק"ג ס"ט כמ"ש הרשב"ץ חלק ראשון סימן יו"ד עיין שם וה' חוט השני שם"י מ"א פסק דגם בן בעלים הא' אין ב"מ יכו' לסלקו וה"ד אם כבר קנ' אבל אם באו שניה' לקנו' אפי' הבעלים הא' עצמם וב"מ נותנים למצרן ואם קדם בעלי' הא' או בנו זכה עיין שם ומ"ש עוד הב"ח בתשו' ועוד נראה דהכי' את"ל דבמכרו לבנו או להתנו ליכא דדב"מ בין בחיי האב בין לאחר מיתתו מכל מקום שותף עדיף וכן מל' מהר"ם בתשוב' המיי' שכת' וכן א"א בכל הני דאמרי' לית משום דדב"מ מצרן דוקא אבל שותף לא וכו' משמע בהדיא דגם לבעלים הא' דאמרי' לית משו' דדב"מ מצרן דוקא אבל שותף יפה כחו אפילו מבעלים הא' עיין שם באורך מדברי מהר"ם בתשו' הקצרות סי' ר"ח משמ' דאפילו לגבי שותף דמיירי שם בעלים הא' קודמים עיין שם ועוד שהרי הריב"ש סימן תפ"ג כ' גבי שותפי' דאם האפטרופ' קנה קרקע לצורך היתומים אינו יכול לסלקם עיין שם הרי דס"ל דגם השותף אינו יכול לסלק היתומי' ואף על גב דמהרימ"ט סימן ס"א כתב דהריב"ש דוקא ביתומים קאמר עיין שם הטעם כבר כ' הכנה"ג בתשו' סי' ר"א כמה אחרונים דס"ל דאין חילוק בין מצרן לשותף והסכים דבכל מקום דליכא דדב"מ ה"ה לאחי' ושותפים והסכים דהלוקח הוי מוחזק עיין שם באורך וכן מבואר בתשוב' הרי"ף הובא בש"מ בפרק המקבל דאפילו שותף אינו יכו' לסלק לאשה ואם כן הכא נמי אין השותף יכו' לסלק לבעלים הא' דשותף הוי כמצרן וכן נראה בהדיא מדברי הרשב"א בתשוב' חלק שלישי סימן קמ"ה והובא בב"י מחו' ו' דאפי' שותף אינו יכול לסלק לבעלים הא' ומשמע שם דאפי' באו שניהם לקנות בעלים הא' קודמי' עיין שם ואם כן ה"ה בן בעלים הא':

כ"ב דין ל"ח

הקונה מהעכו"ם אין המצרן יכול לסלקו גוי שיש לו חזקה בשותפות ושכר חלקו לישראל ואח"ז מכרה לאותו ישראל שדר בתוכה נראה דאף על גב דטעמא דקונה מהגוי אין המצרן יכו' לסלקו משום דא"ל אריה אברחת ממצרך וה"ד אם יש לגוי בית סמוך למצרן אבל בבית גוי שישראל דר בתוכו המצרן לבית זו יכול לסלקו מיד הלוקח כמ"ש מהרש"ך והכנה"ג הגה"ט אות ע"ג ע"ש נראה דה"ד אם הלוקח אינו דר בבית אבל בכ"ד שהלוקח דר בבית בשכירות מהגוי ואח"ך לקחה ממנו אין המצרן יכול לסלקו כדלקמן ס' ס"ב השכיר בית לא' ואחר כך מכרו לו אין המצרן יכול להוציא מידו ה"ה גוי אבל יש להסתפק דא"ל דשותף עדיף דאע"ג דאם קנה השוכר אין המצרן יכול לסלק: אפשר דשותף יכול לסלקו. כמו דמצרן אינו יכול לסלק לאשה ושותף יכול לסלקה כדלקמן סי' מ"ז ע"ש בהש"ך:

כ"ג דין מ"ז המוכר לאשה וכו' משמע דאין חילוק בין אשת איש לפנויה וכן כ' הרמב"ן במלחמות בפרק המקבל עיין שם ומרן הב"י כתב שכ"כ בעל העיטור דלהרי"ף בכל אשה קאמר בין שהיא אשת איש בין שאינה אשת איש עיין שם וכן מבואר בתשובות הרי"ף סימן קכ"ט והובא בש"מ למציעא דאפילו יש לה בעל אין בה דינא דבר מצרא מיהו היינו דוקא אם יש לה מעות ובעינן לקנות אותו קרקע ואם לאו הערמה הי' וב"מ יקחנו וכן כתב הרשב"א בתשובו' חלק שלישי סימן ק"ע בשמו מיהו כתב הרשב"א דאם טען ב"מ תשבע לי שאינה קונה לצורך אחרים אין טענתו טענה ולמה ניחוש יותר מב"מ אחר או שותף ול"ד למתנה באחריות דבגוף של מתנה יש הוכחה והדע דהא זבן במאתים ולא שוה אלא מנה לא חיישינן ונוטל מאתים בלא שבועה כדעת רבותינו דינא דבר מצרא משום ועשית הישר והטוב בלבד הוא ולא תקנו לה להחמיר על הלוקח להשביעו עיין שם אבל למאי דקיימא לן במכר במאתים ולא שוה אלא מנה דצריך הלוקח לישבע הכא נמי באשה צריכה לישבע וכן כתב מהר"י ן' מיגש בתשו' הובא בש"מ שם בא' שקנה קרקע וכתב השטר בשם אשתו דאם טען ב"מ בריש' עשה' הערמה צריך האשה לישבע ואם טען שמא יחרים כתם על מי שהערים עיין שם הרי דהרי"ף ומהר"י ן' מיגש והרמב"ן והרשב"א סבירא להו דאפילו אשת איש לית בה דינא דבר מצרא וכן דעת מר יוסף בשאלה שם והרמ"ה בתשו' סימן רע"ד עיין שם וכת' עוד מר יוסף שם וז"ל ואם הודו שניהם בזה אחר החרם תחזור הקרקע לראו' אחר שיתן ללוי הדמים שקבל ממנו שמעון ואם הוד' הו' ולא הודאת אשתו והשטר יוצא מתחת האשה תשאר הקרק' בידה ויכתוב לוי שטר בזה ואם מתה אשתו בעודה תחתיו ונשאר הקרקע לו (א"ה עכ"מ) :

כ"ד המוכר לאשה או ליתומים קטנים וכו' פירש רש"י מכר לאשה לא מסלקי' לה וכו' ומי שבא לידו וכו' משמע דאם באו שניהם האשה והמצרן לקנות המצרן קודם כמו שכ' הג"א מיהו רש"י סיים וז"ל ושותף שמכר לחבירו חלקו בשדה שהם שותפין אין לנו לסלקו משום דינא דבר מצרא ולומר אין אתה אלא כא' המצרנים ויקחנה עמך וכולי משמע בהדיא דשותף עדיף ממצרן ואם באו לקנות יחד השותף וב"מ מוכר לשותף ואין ב"מ חולק עמו דאלו לקח כבר אפילו הוי כאחד המצרני' אין חבירו מוציא מידו וכן כ' הנמי"י והביאו מר הב"י ע"ש והרא"ש כתב דאף אם קדם המצרן מסלקי השותף דעדיף ממצרן וכן כתב רבינו ירוחם נתיב י"א ח"ד ע"ש ואם כן מה שכ' רש"י ושותף שמכר וכו' אין לנו לסלקו וכו' לאו דוקא והוא הדין אפילו באו שניהם כא' לקנות והכא נמי לאשה ויתמי אפילו באו לקנות עם ב"מ הם קודמים דומיא (א"ה עכ"מ והשאר קרוע) :

כ"ה אין בו משום דינא דבר מצרא וכו' אפי' המצרן גם כן אשה או יתום והוא הדין בהקדש עם הקדש הרב בני אהרן סי' כ"ט עיין שם ועיין בס' פרח מטה אהרן סי' :

כ"ו הגה הקונה מן האשה וכו' יש אומרים דלית בה דינא דבר מצרא וכו' הרשב"ש סימן ס"א כתב באלמנה אחת שרוצה למכור חצי חצירה והשותף טוען טענה דבר מצרא הדין עם בן המצר והוא קודם וכולי עיין שם נראה דסבירא ליה דהא דאמרינן לאשה ליכא דינא דבר מצרא ה"ד המוכר לאשה אבל האשה המוכרת יש דינא דבר מצרא כמו שכתב מהר"י ווייל בסימן ל"ט עיין שם אבל לא משום דה"ד בר מצרא אבל שותף יכול לסלקו דבתשובה אחרת סימן רע"ט סבירא ליה דאפילו שותף אינו יכול לסלקה הפך מהר"ם עיין שם אבל יש שכתבו דה"ה ללוקח מאשה כמבואר בב"י וכבר הסכימו האחרונים דהלוקח מיקרי מוחזק לגבי ב"מ ויכול לו' קי"ל כמו שכתב ה' עדות ביעקב סימן קמ"ג וה' כרם שלמה סימן מ' עיין שם והרב בתי כהונה חלק שני סימן י"ט עיין שם וכן כתב הרב משפט צדק ח"א סי' י"א אלא שלדד שהיא סברת יחיד ע"ש אבל מהר"י ן' מיגש בתשו' הובאה בש"מ למציעא פרק המקבל כתב וז"ל ואם אשה זו כוללת כל הנשים אם לאו לפי שראינו לרב משה גאון בתשובו' ולנגיד בחבורו אומרים שאיתתא זו דוקא באשת המוכר ולא ראינו זה לזולתם דע שמאמר זה כולל כל הנשים וכו' ואם אירע שמכר לאשה קרקע אינה מחוייבת לתת אותה לב"מ לפי שעשיית הישר והטוב הוא להניחה שתקנה היא יותר מלהוציאה מידה עכ"ל הרי הרב משה גאון והנגיד סבירא להו דדוקא באשה המוכרת אמרו ולא במוכר לאשה אבל מהר"י ן' מיגש סבירא ליה דכולל כל הנשים והוא הדין במוכר לאשה ומהרא"ח סי' י"ט כת' דבעל העיטור שכתב בשם הרי"ף דבכל אשה קאמ' שאינה אשת איש פירוש דלאו דוקא באשה אלמנה וכו' אלא דכל אשה שאין לה בעל א' אלמנה וא' גרושה וכו' א"כ ה"פ דלא תימא דפי' לאשה ה"ד אשתו דמי שמכר לאשתו ליכא דינא דבר מצרא אלא בכל אשה קאמר. ובלבד שלא תהי' אשת איש עיין שם ואפשר דר"ל בין אשה המוכרת בין מוכר לאשה ובלבד שאינה אשת איש ולאפוקי ממאן דאמ' דדוק' באשה המוכרת אמרו מיהו כבר כתבתי לעיל דהרי"ף בתשובו' מבואר דסבירא ליה דאפילו אשת איש יש בה דינא דבר מצרא וכן גירסת מרן בבעל בשם הרי"ף עיין שם ומהר"ם אלשיך סי' פ"ד דקדק בדברי תלמידי הרשב"א שכת' רבו חכמים וכו' דנראה שהדין הוא בגמרא וזה לא נמצא אלא היכא שהאשה קונה אלא ודאי שדעתו דכ"ש הוא וכו' עיין שם ואין צריך שהרי הרב משה גאון ס"ל דדוקא באשה המוכרת אמרו ומהר"י ן' מיגש סבירא ליה דכולל כל הנשים כמ"ש :

א"ה מה שמצאתי כתוב העתקתיו

כ"ז נראה דהשותף שהוא גם כן מצרן מסלק הלוקח דאף על גב דרוב האחרונים סבירא להו דהחזקות שלנו אין בהם דינא דבר מצרא וכתב מהרח"ש ח"א סימן כ"ו שכן ראוי להורות אם לא שיש מנהג פשוט וקבלנו להפך עיין שם ואפילו הוי מחלוקת שקול אם יש לחזקות דין קרקע ויש דינא דבר מצרא או לא הלוקח מוחזק וכבר כתב מרן בתשוב' בספר אבקת רוכל סימן קכ"ו אם החזקות יש להם דין קרקע או מטלטלין מחלוק' ישנה בין חכמים הראשונים וכו' אמנם לענין גביית כתוב' לא גנו"מ כיון שנכסיו כותבין שמשעבד לה כל נכסיו מקרקעי ואגבן מטלטלים וכולי אלא שמפני תקנת השוק לא נהגו לגבות ממטלטלין שמכר או נתן וגבי חזקות ל"ש תקנת השוק וכולי ועוד כיון דנשאר הדבר בספק בין החכמים הוה ליה כההיא דכתב הרא"ש בתשו' דמקום שאין בירור למנהג יעמוד הדבר על דין תורה והכא נמי כיון דאין ברור אם קרקע הוי יעמוד הדבר על דין תורה ולא ננהוג תקנת השוק עיין שם וא"כ נראה דהכא נמי לענין דינ' דבר מצרא שהלוקח מוחזק אין המצרן יכול לסלקו מיהו בנדון דידן דהוי שותף ומצרן יכול לסלק את הלוקח ועיין להרב כנה"ג סוף סימן ק"מ אות מ"ב. ומ"ג אף על גב

דהלוקח

דהלוקח קנה להקדש עניי ת"ת וכתב הריב"ש סי' תק"ז דהקדש לעניים לית ביה דינא דבר מצרא כמו ביתומים קטנים עיין שם וכל שכן לעניי תלמוד תורה כי יתומים קטנים היינו דוקא לגבי המצרן אבל שותף עדיף כמו שכ' מרן הב"י בשם מהרי"ל שכן פסק מהר"ם בתשו' דשות' עדיף ומסלק לאשה אף על גב דאין בה דינא דבני מצר' ופסקו רמ"א והלבוש ס' מ"ו עיין שם וכתב ה' בית דוד סימן ס"א נראה דהוא הדין יתומים קטנים והקדש דאין שום טעם לחלק ביניהם עי"ש :

כ"ה אבל שותף יכול לסלק וכו' נראה דהוא הדין יתומים והקדש הרב בית דוד סימן ס"א

עיין שם וז"ל מהר"ם בתשובות המיי' דשייכי לסדר קנין סימן ל"ה דהא דאמרינן לאשה או ליתמי לית בהו דינא דבר מצרא הני מילי לגבי מצרן אבל שותף עדיף ואי זבין לאשה או ליתמי אתי שותף ומפיק וכו' ע"ש מיהו הריב"ש סימן תפ"ג כתב גבי שיתפות וז"ל אמנם אם הם יתומי' קטנים והאפטרופוס קנה קרקע לצרכם אין יכול לסלקם משום דבר מצרא אלא ישאר הקרקע ליתומים כשותף עם הלוקח וכו' עיין שם הרי דסבירא ליה דגם השותף אינו מוציא מהיתומים וכתב מהרא"ח סימן י"ט דכיון שהלוק' מוחזק אין מוציאין מהאשה והיתומים וכבר הרב כנה"ג בתשו' סימן ר"א הביא כמה האחרונים דסבירא להו הכי וכן כ' הרשב"ש סימן רע"ג באלמנה שהגבו לה בית דין קרקע דאין השותף יכול לסלקה עיין שם ומהרימ"ט סי' ס"ז כתב דאפשר לומר דהריב"ש דוקא ביתומים קאמר דאזיל לטעמיה שכתב בסימן שס"ג דטעמא דיתומים דלית בהו דינא דבר מצרא משום דלאו בני מיעבד מלוה דהישר והטוב נינהו וה"ה לגבי שותף אבל לגבי אשה דטעמא משום דלאו אורחה למיטרח אפש"ל דשותף שיש לו חלק בגוף הקרקע עדיף מטרחה דאשה אי נמי בנדון דהריב"ש דיתומים היה להם שעבוד בקרקע דא"א לשות' לסלקו לפי שהחוב יותר על שווי הקרקע ולא סגי (אמר המגיה עד כאן מצאתי והשאר קרוע) :

כ"ט דין נ"ט השוכר בית מחבירו וכו' הטור כ' דהרא"ש בתשו' כתב שיש בו דינא

דבר מצרא דשכירות ליומי' ממכר הוא וכו' וכ' מרן הב"י שכ"כ בתשו' כלל כ"ב בשנים ששכירו חצר בשותפות וא' מהם רצה לשכיר חלקו לאחר וכולי וסבירא ליה לרבינו שחולק על הרמב"ם ולא ר"ל דשאני התם שהיה שותף בחצר עצמו וכו' עיין שם באורך ובתשובות בשמים ראש סימן כ"ו כתב על אחד שהשכיר ביתו ובא המצרן ואמר שהוא רוצה לשכרו שהרמב"ם פי"ב מה"ש אמר השכירות אין בו דינא דבר מצרא ולפי דעתי למדו מדין המשכנת' וכיון דמשכנה היא מוחזק' בידו כמו דמיקרי שכונה גביה ואף על פי כן אין הלה יכול לטעון השכינה לי קל וחומ' בשכירות אבל לפי דעתי אי מהא אין ראיה כלום דאפ' דשכירות עדיף דממכר ליומי הוא ועוד דהתם להלוות אומ' השני נוח לי דלאו מכל אדם רוצה ללות וכו' ומהאי טעמ' נראה לי לדון דאין בשכירות ב"מ מסברא שאין נוח לכל אדם להשכיר לכל איש ואיש עיין שם באורך הרי דס"ל דאין בשכירות דינא דבר מצרא מיהו סיים שם וז"ל (א"ה עכ"מ) :

ל' דין ס"ב השכיר ביתו לאחר ואחר כך מכרה לו נראה דודאי השותף יכול להוציא מידו

דשותף עדיף ממצרן דאפילו מכרו למצרן רוב הפוסקים סבירא להו דהשותף מסלקו וה"ה אם מכרו למי שהוא ממושכן בידו או לשוכר דקיי"ל דאין המצרן יכול לסלקם ולא הם יכולים לסלק המצרן והשות' יכול לסלק וגם למ"ד דאפילו קדם המצרן וקנאו יכול המלוה לסלקו וכן השוכ' כמו שכתב הסמ"ע סוף הסימן אם כן הממשכן והשוכר עדיפי ממצרן נראה דשותף עדיף ומסלק הכל ומרן שכ' דשותף מסלק למצרן בשם י"א דנראה דסב"ל דהרמב"ם חולק וסובר דאם קנאו המצרן אין השותף יכול לסלקו כמו שכתב הרב כנה"ג עיין שם הרי פסק דהממשכן והשוכר אין יכולים לסלק למצרן ולא המצרן יכול לסלק וכן פס' הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן כ"ח עיין שם א"כ הרי שקולי' וה"נ דמצרן והשותף יכול לסלק כמו שמסלק למצרן :

זהו מה ששאלתי בשאלה ומתוך התשובה יתבאר לך :

ל"א על שטר משכונה שיש לראובן על קרקע ואוכל פירות ומכרו לאחר תשובה כ' המבי"ט חלק

ראשון סימן שכ"ה כ"ל שמעון שחייב לחבירו מנה בשטר ומכר השטר בפחות לאחר שיכול הלוה לומ' למלוה למה תמכור אני אתן לך כמו שנתן לך אחר כמ"ש הרמב"ם שהמשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב ורצה השוכר להשכי' הבית לאחר וכו' אם אמר לו בעל הבית למה וכו' לא והניחו ואתה פטור משכירות אינו יכול להשכירו לאחר שזה באל תמנע טוב וכולי והכא נמי אין המלוה יכול למכור החוב לאחר ואפילו מכרו כבר יכול לעכב דמכיר' שטרו' דרבנן וכו' ועוד שיכול לומר אתה נוח לי מאחר עיי"ש ונראה דס"ל דגבי שכירות אם השכיר כבר לאחר זכה ואינו יכול לסלקו כמו שכתב מהרשד"ם סימן רל"ה וסי' תט"ו והביאו הרב כנה"ג בסימן שי"ו אות ח' עיין שם וכן כ' הגמי"י בשם מהר"ם והיא בתשו' מהר"ם הארוכות סימן תר"ף וז"ל ועוד יש להביא ראיה מהא דתנן בערכין פ' המוכר שדה מכרה לא' במנה והיא מכרה לב' במאתים וכו' וכל מוכר שדהו בשעה שהיובל נוהג אינו אלא כשכירו' דעלמא והואיל סופו לחזור ביובל ואפילו הכי ראינו שיש רשות לראשון למוכרה לשני בלא רשות הבעלים וכו' ול"ל נמי דמיירי דעבד איסורא דמכרו לאחר דאטו ברשיעי איירי קרא ועוד אם תמצי לומר דאיכא איסורא מ"מ שמעינן מהתם דאם מכרו לאחר בלא רשות הבעלים דמה שעש' עשוי ואין הבעלים יכולים למחות אחר כך ולבטל המכיר' דאי לא תימא הכי וכו' עיין שם באורך הרי דאפי' אין לו רשות למכור בלא דעת הבעלים אם עבר ומכר אין הבעלים יכולים לבטל וכי האי גוונא אמרינן בפרק י"כ ומבואר בסימן רמ"ח באומר נכסי לך ואחריך לפ' דאסו' לראשון למכור או ליתן הגוף אלא אוכל פירות עד שימו' ויזכה השני ואם עבר הא' ומכר ונתן אין השני מוציא מיד הלקוחות וכו' עיין שם והכא נמי דאפילו בעל הבי' אמר לשוכר שלא תטרח ותשכירו לאחר הניחו לי ואתה פטור משכירות אינו יכול להשכירו משום אל תמנע טוב מבעליו אם עבר והשכירו לאחר מה שעשה עשוי מיהו א"ל דה"ד משום דשכירות מדאורייתא נקנה בכסף ובשט' ובחזקה כמכר אבל במכירת שטרות סובר הרב דאפילו מכרו כבר יכול לעכב משום דמכירת שטרות דרבנן וכבר הוכחתי בסימן ס"ו דאפילו יש ללוה קרקעות לא נקנה השעבוד מדאורייתא ודלא כהרב חיים וכו' ואפילו בשטר משכונה כ' הטור בשם בעל התרומו' דמוכ' שטר משכונת קרקע לחבירו אף על פי שירד הלוקח במשכונה והחזיק בה יכול למחול הואיל והלוה יכול לסלקו במעו' וגם הרא"ש דסבירא ליה דמשכונת קרקע שהחזיק בה ומכרה אינו יכו' למחול משמע דהיינו דוקא אם החזיק אבל אם לא החזיק בה יכול למחול וכן כתב בעה"ת ש' כ"א בשם הראב"ד

עיין

עיין שם וז״ל בעה״ת שער כ״א ח״ו אבל שטר משכונת קרקע וכתב ומסר וירד הלוקח למשכונה והחזיק בה וכו׳ וגוף המשכונ׳ מכר והרי החזיק וכמאן דמטי ממונ׳ לידי׳ דמי ולא מצי מחיל וכן כתב הראב״ד בתשו׳ בשם הר׳ יצחק ב״מ הלוי גם כתוב שגובה מהיתומים בלא שבועה וכולי וכן כתב הרא״ש בספר חזה התנופה סימן כ״ה עיין שם משמע דאם הלוקח לא החזיק יכול המוכר למחול וכן כ׳ הרב פני משה ח״ב סימן ק״ד דדוקא במשכונה שדר בה אתמר וכן כתב הרב בית יהודה ח״א סימן כ״ב דבעינן שהוא דר בה ונראה דאפילו היה אוכל פירות בעינן דר בה ומסתברא דאם היה אפותיקי מפורש אין לו פירעון אלא ממנו ואפילו שטפו נהר לא יגבה מאחר נכסי׳ לכ״ע אם מכר השטר לאחר אינו יכול למחול שכתב בעה״ת ש׳ מ״ג חלק שני סימן ב׳ דבקנוי לו בעינן שהרי הלוה אינו יכול לסלקו ממנו בקרקע אחר כי אם במעות בלבד עיין שם ואם כן נראה דלא נחלקו אלא במשכונת קרק׳ שמכרו וירד בה הלוקח דמאן דאמר יכול למחול משום (א״ה עד כאן מלאתי) :

סימן קע״ו

א׳ דין ג׳ האומנים שנשתתפו וכולי על ב׳ ששעבדו עלמם זה לזה בקנין גמור שכל א׳ שירויח בסרסרות יחלקו בשוה וכולי כתב הטור הרמב״ם כתב האומנים שנשתתפו והתנו ביניהם שכל מה שירויח זה וזה במלאכתם יהיה ביניהם בשוה אע״פ שקנו מידם אין זה שותפות כלל שאין אדם מקנה דבר שלב״ע וכו׳ והראב״ד השיג וכ׳ ורבותי הורו שאדם יכול להקנות עלמו בקנין כדין עבדים וכשם שמלינו יקדשו ידי לעושיהם והרמב״ן כתב כדברי הרמב״ם וכולי ונראה פשוט דמה שהרויחו כבר שהוא בעין יכול לחזור בו כמ״ש הטור ומרן בסימן ר״ט אין אדם מקנה דבר שלב״ע וכולי ויכול לחזור בו אפילו אחר שבאו לעולם ואם קדם הלוקח ותפס הפירות אין מוליאין מידו עיין שם וה״כ אפילו כבר הרויח יכול לחזור בו ואם קדם חבירו ותפס אין מוליאין מידו וה״ד אם תפס קודם שחזר בו דכיון ושתק מחל וכבר הוכיח כן הדרישה מדברי הטור דאפילו במה שהרויח כבר יכול לחזור בו עש״ב וה׳ כנה״ג כתב שכ״כ מדברי הפוסקים לבד זה מלאתי למהרשד״ם בסימן קס״ח שהבין כמ״ש דלשעבר כ״ע מודו דקנה שכ׳ ומן הנראה דלמה שכבר הרויח לית דין ולית דיין שחייב השותף לחלוק עם חבירו כל עוד שלא הביא ראיה בעדים שחזר בו ע״ש מיהו כ׳ מור״ם שם דאפילו לא תפס אלא כתב לו שטר ומסר לו השטר כמאן דתפס דמי וכתב הסמ״ע נראה דמיירי באחר שבא לעולם מסר השטר וכולי נר׳ לכאורה דבעי׳ שמסר לו השטר אחר שבאו הפירות לעולם וכן הבין ה׳ בית יהודה סימן ך׳ עיין שם וע״ש עוד בסימן רי״א וכן כתב ה׳ פני משה ח״א סי׳ ס״ו עיין שם אבל ה׳ כנה״ג סי׳ ן׳ פי׳ דברי הסמ״ע דר״ל אם נמלא השטר ביד המקבל אח׳ שבאו לעולם אפילו קודם שבאו לעולם קנה וכן כתב בתשו׳ בעי חיי סימן ר״ט ע״ש וכן הוכיח ה׳ כנה״ג שם וא״כ ה״נ שותפין בקנין על דבר שלב״ע שכל מה שירויחו כל א׳ מהם לאמלע וכתבו שטר אם השטר קיים ביד חבירו אחר שבאו לעולם אין יכול לחזור בו אבל הראב״ד כתב דיכול להקנות עלמו בקנין כדין העבדי׳ וכו׳ וכ׳ מהרי״ק שרש קפ״ב דהראב״ד בתשו׳ שכ׳ שותפין שהתנו תנאם קיים וכולי משמע אפילו בלא קנין וה״ד כל שלא חזר בו השותף דודאי כל מה שהרויחו השכר לאמלע ומשם הוא דמהני חזרתו אבל כשיש קנין לא יוכל לחזור אפילו להבא ומ״ה לא הביא ראיה בהשגות מפועל דקי״ל דאינו יכול לחזור בו משום דמיירי בלהבא ובלהבא גם פועל יכול לחזור בו אבל מדין עבדים דאין עבד עברי יכול לחזור בו וכו׳ עש״ב ונראה דס״ל דפועל אפי׳ בקנין יכול לחזור בו ולכך בהשגות דמיירי בקנין מדמה שותפין לעבדים ולא לפועל משום דפועל אפילו בקנין יכול לחזור בו והש״ך בסימן של״ג ס״ק י״ד כתב הריטב״א בשם רבותי׳ שלא אמרו שהפועל יכול לחזור אלא בשוכר עלמו באמירה אבל כל שנשתעבד בקנין לטפויי אתא שלא יוכל לחזור בו ולפע״ד נראה דבאר פוסקים לא ס״ל הכי וכן נראה עיקר וכו׳ וגם הראב״ד בהשגות דוקא בשותפי׳ חלק על הרמב״ם לענין הריוח שהרויחו כבר או מטעם דמשתעבדי אהדדי לא שייך לומר עבדים וכולי עיין שם ולא דק דהראב״ד מדמה שותפי׳ לעבדים ולאומר יקדשו ידי לעושיהם דודאי אינו יכול לחזור ואפילו לריוח דלהבא ולכך הלריך קנין דאלו הריוח שהרויחו כבר אפילו בלא קנין השכר לאמלע וכמו שהכריח מהרי״ק וכתב מרן הב״י דעת הרשב״א כדעת הראב״ד ע״ש והכנה״ג כתב דתשו׳ הרשב״א בח״ב סימן פ״ז כתב דכל שנתחייב בפי׳ בחיוב ובקנין אפילו להבא אינו יכול לחזור בו ולשעבר מה שכבר הרויחו אפי׳ בלא קנין קנו והיא דעת הראב״ד ממש כפי מ״ש מהרי״ק דלא הלריך קנין אלא לשלא יכול לחזור בו להבא דלשעבר אין לריך קנין וכולי עיין שם ואין נראה דז״ל הרשב״א שם ומ״מ רשאים הם לחזור בהם כל זמן שירלה אפילו הא׳ וכן פועל כדאמרינן פועל חוזר אפילו בחלי היום וכולי ואם רלו שלא לחזור א׳ מהם אין להם תקנה אלא בחיוב ובקנין גמור כגון שיכתבו שכל החוזר בו יתחייב לחבירו בכך וכך עכ״ל נראה דוקא בחיוב ובקנין גמו׳ שיכתבו שכל החוז׳ בו יתחייב לחבירו בכ״וך הוא דאינו יכול לחזור בו ואם רלה לחבירו יתחייב בנמון כו״ך אבל בקנין לבד בלא חיוב יכול לחזור בו וא״כ נראה דס״ל דפועל אפי׳ בקנין יכול לחזור כמ״ש הש״ך בסימן של״ג ס״ק י״ד שכ״כ עיקר וכן כתב הריב״ש סימן תע״ו עש״ב ועיין בתשו׳ הרשב״א ח״ג סי׳ ק״ד ובתשו׳ ת״ה סימן קפ״ו :

ב׳ דין ן׳ יש מי שאומר וכו׳ קאי ארישא כשנשתתפו סתם אבל בסיפא דהתנו ישלם מביתו כהפסד ה׳ דרכי נועם ח״מ סי׳ כ״ח ע״ש וכ״כ מדברי הב״ח ע״ש וכ׳ המבי״ט ח״א סי׳ ר״ב דאם התנו בפי׳ וכתבו בשטר השותפין שיהיה ההפסד שוה בשוה הוי כמפ׳ שישלם מביתו דאפי׳ לא התנו היה הדין שיחלקו בשוה ולא לריך להתנות אלא שישלם מביתו עיין שם ואין נר׳ כן מדברי הכנה״ג הגב״י אות ל״ג שכ׳ ואולי דהני רבוותא סברי דהרמב״ם מיירי בדהתנו שאם יהיה הפסד ישלם מביתו וכולי אלא דלפי׳ נמלא דהראב״ד חולק אפילו בהתנו וזה א״א דכל תנאי שבממון קיים וכו׳ ע״ש משמע דוקא אם התנו בפי׳ שאם יהיה ההפסד ישלם מביתו אבל בהתנו סתם (עכ״מ) :

ג׳ ונפסד הכל לא אמרי׳ שישלם וכולי הטור ומרן בסימן ל״ג כ׳ דברי הרמב״ם דס״ל דישלם מביתו ואולי דמיירי בדהתנו שאם יהיה הפסד ישלם מביתו ולא בא לומר אלא אם נאמן ראובן לומר שפחת מן הקרן אלא שאין זה נוח לי וכו׳ הרב כנסת הגדולה הגהו׳ ב״י אות ע״ג עיין שם גם ה׳ בית דוד סי׳ ס״ז נדחק לפרש דברי הרמב״ם שלא יחלו׳ על הרמ״ה והסכי׳ עם רבו דאם הפסידו אינו משלם מביתו עש״ב אבל הב״ח כ׳ דלא בי הרמ״ה

שרמ"ה אלא דוקא בהפסד כגון אונס שריפה או שנטלו הגיים הכל כנדון הרמב"ן אבל בהפסד שבא מחמת משא ומתן מודה הרמ"ה שישלם מביתו והביאו הש"ך וה' כנה"ג ע"ש ולא מצאתי להרמ"ה (עכ"מ) :

ד' דין ח' השותפין ש"ש הם וכו' אם יש ביד א' ממון חבירו שהגבה מגוי א' שהיה חייב להם כ' מהר"ם בתשו' הקצרות סי' קנ"ג שיפה עשה שהציל ממונו וממון חבירו ואע"ג דשותפין ש"ש הרי האומנים ש"ש הם ואפ"ה אם אמר טול שלך והבא מעות ש"ח וזה שאמר טול מעותיך הרי נעשה ש"ח ואפילו אם לא רצה ליטבע שא"ל כך כיון שהדבר ידוע שחבירו ידע שנפרע החוב ה"ז דומה לגמרתיו וכולי ע"ש הרי דס"ל דשותפי' דינן כאומני' ואם א"ל טול מעותיך או שידע שנפרע החוב דומה לגמרתיו דקי"ל בסי' ש"ו (עכ"מ) :

ה' דשמירה בבעלים היא וכולי כתב מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סימן קס"ח על ב' שותפין שהסכימו לחלוק ונשאר ממון השותף ביד א' מהם ונאבדו ממנו נר' דשמעון פטור אפילו פשע בממון לפי שמיר' בבעלי' היא וא"ל דה"ד בשותפי' שנשתתפו כמשפט אבל אלו שלא נשתתפו אלא בדברים לא נתקיים השתוף שאין דין שמירה בבעלים תלוי בקיום השיתוף דאפי' א"ל אסקין מייא הוי שמירה בבעלים וכו' אבל מאחר שהפרידו השיתפות א"ל אזלה לה הך שמירה ואתיא שמירה אחרת וכולי וראיה מדתנן כל האומנין ש"ש הם ואם אמר טול את שלך והבא מעות ש"ח אלמא כיון שא"ל טול את שלך אפילו לא הוליא הכלי מתחת ידו הלכה שמירה מעלמה וה"נ בשעה שאמרו להפריד השיתוף אזלא שמירה קמייתא ואתיא שמירה שלא בבעלים והוי ש"ח על ממון זה ופטור מגניבה ואבידה אבל מדברי מהריק"ו שורש ק"ד נראה דכיון דכשבא הממון לידו היה שמירה בבעלים לעולם הוי שמירה בבעלים ופטור וכן משמע מפ' השואל דף נ"ח דאמרי' שאלה בבעלים ושכרה שלא בבעלים פטור משום דשכירות בשאלה מישך שייכא ופירש"י כל חיוב שוכר דגניב' ואבידה ישנן בשואל ומחמת משיכה א' באה לו ובבעלים היא ופטור והא דתנן כל האומנים ש"ש הם וכולי נ"ל אע"ג דש"ש הוא וכולי משתנה בדיבור בעלמא שמירה בבעלים כיון דבשעה שהתחיל בשמירה זו היה בעליו עמו כל זמן שלא הוליא הממון מתחת ידו הויא שמירה בבעלי' ע"כ והנה גבי שאלה בבעלים ושכרה שלא בבעלים כתב הסמ"ע בסימן שמ"ו ס"ק כ"א פי' שלאח' שכלה זמן השאלה שהיתה תחילה בבעלים לא החזיר לבעלים וחזר ושכר לזה שלא בבעלים ונגנב' או נאבדה בזמן השכירו' עיין שם אבל ה' כנה"ג שם בהגה"ע אות י"ב חלק על הסמ"ע וכ' דה"ד בחזר ושכרה תוך ימי השאלה אבל אם אחר ימי השאלה חזר ושכר' ודאי דלא שייך בשאלה ושעד לזה מ"ש בפ' האומנין אמתני' השואל את הפרה ושלחה ביד בנו וכו' וכן וכו' ל"ש אלא שהחזירה תוך ימישאלה אבל אחר ימי שאלה פטור ופירש"י ל"ש שהשואל חייב עד שתבא ביד הבעלים אלא שהחזיר תוך ימי השאלה שא"ל השאילני עד זמן פ' והחזירה תוך הזמן וכו' ע"ש הרי מבואר תוך זמן השאלה חייב עד שתבא לידהבעלי' אבל אחר זמן השאלה כלה זמן השאלה אפי' לא באה ליד הבעלים וה"נ כל שלא חזר ושכרה תוך ימי השאלה כבר כלתה השאלה אפילו לא באו ליד הבעלים וכשחזר ושכר' פנים חדשו' באו לכאן עכ"ד וכן ראיתי להריטב"א בספר א"ז למליעא שם בפ' השואל העתיק לשון רש"י ואח"ך כתב ברש נ"ל דמיירי כשחזר ושכרה תוך ימי השאלה וכולי כלומר ימי השאלה כבר הרי כאלו חזרו לבעלי' וכי הדר ואגרה מילתא אחרת היא ע"ש משמע שכן דעת רש"י וכן כתב הרמב"ן שם ועיין בש"י ישנה שם א"כ אם שכרה אחר שכלה זמן השאלה ודאי דשכירו' שלא בבעלים היא וחייב בגניבה ואבידה ודוקא כששכר תוך זמן השאלה אמרינן כיון שתחילת השכירות בזמן השאל' שהיא בבעלים פטור והייג' דבעי בחזר ושכרה ואי לאחר שכלה זמן השאלה בלא"ה הוי ש"ש וחייב בגניבה ואבידה כדמסקי' בפ' האומני' וא"כ תבעי ככל שאלה בבעלי' מיהו נראה דוקא בחזר ושכרה שלא בבעלים מ"ל משום דהוי קנין חדש ואפסיק לשאלה אבל כשלא חזר ושכרה אפילו אחר זמן השאלה פשיטא כיון דלא הוי ש"ש אלא מחמת השאל' כדאמרי' בפ' האומני' הואיל והנה מהני ג"כ אפי' מישך שייך בשאלה שהיא בבעלים ופטור וג"כ הכא שהיה ש"ש בבעלים ואח"ך חלקו דלא הוי אלא ש"ח א"ל האי פשע חייב דלא הוי שמירה בבעלי' דלאו שמירה זו כשמירה קמייתא דהא שגם שאלה בבעלי' וחזר ושכרה שלא בבעלי' אם היא אחר זמן השאלה לבעלים ופנים חדשות באו לכאן דהוי כאלו חזרה לבעלי' וחזר ושכרה כמ"ש הרמב"ן והריטב"א הכא אלא גם למ"ד בשאלה בבעלי' וחזר ושכרה אפילו אחר זמן השאלה חייב נראה דוקא משום מחמת משיכה א' קנאה ושכירו' שייך בשאלה אבל הכא כשכלה זמן שמירת שכר ונעשה ש"ח שלא בבעלים חייב בפשיעה דלא שייכי אהדדי אך תמהני על מרן שלא זכר בזה תשו' מהריק"ו שורש כ"ד שכ' וז"ל לע"ד דא"כ הוא שנטלה כל א' חלקה בריוח לא נשאר להם מידי שותפות יחד כי אם אותם המעות אשר הכינו לפרוע מהם הגויה דבר פשוט הוא שרבק' חייבת בכל אחריו' ההפסד דהא קי"ל שותפי' ש"ש הם וכולי עש"ב וה' מה"א ה' שומרי' סי' ל"ז תמה דמה הנאה נשאר לו כדי שיהא ש"ש ונדחק עש"ב וה' בני אהרן סי' ע"א תי' וז"ל ושמא י"ל אע"פ שחלקו כיון שאותם המעות נשארו להם מהשותפות שהיה עומד באחריו' שתיקן עד עתה מי שנשאר בידו אחריות עליו כמו שהיה עד עתה וחבירו אין לו בהם כלום כיון שחלקו כבר נסתלק מהם ולא שייך בהו שמירה בבעלים וכולי ונראה דס"ל כיון דקבלו הנאה מתחילה לעולם הוו ש"ש עד שיחזרו המעות כמ"ש הרשב"א בתשו' הביאה הב"י סימן ע"ב גבי משכון דאפילו אחר שפרעו חייב באחריותו לעולם וז"ל בתשו' ח"ג סימן כ"ב דע שאפי' שהמשכון בידו אינו פטור מליתן פרוטה לעני וכו' שאינו פטור מפרוטה דרב יוסף אלא בשעת ההלואה בלבד ומ"מ הדין הוא ש"ש לעול' עד שיחזרנו לבעליו שהרי הוא כנושא שכר בשעת הלואה ומחמת אותו שכר הוי עליו כש"ש לעול' שכן כל ש"ש שמקבל שכר בתחיל' או לבסוף ונעשה ש"ש לעולם מחמת אותה פרוטה וכו' ע"ש הרי דאע"ג דאחר שפרעו ליכא הנאה דלא נפטר מפרוטה דעני מ"מ הוי ש"ש מחמת הנאה שקבל מתחילה וה"כ אע"ג דלא נשאר הנאה לשותפין הוו ש"ש לעולם מחמת אותה הנאה שקבלו מתחילה אך ק"ק דהא בשואל מ"ל בפ' האומנין אחר שכלה זמן השאלה פטור משואל וחייב כש"ש א"ד ש"ש נמי לא הוי ופשטי' דש"ש הוי הואיל ונהנה מהני ע"ש:

ו' כתב ה' מש"ל פ"ה מהלכות שותפין גבי שותף שעבר ומכר בהקפה דאפי' שניהם מתעסקי' חייב דדוקא פשיעה בבעלים פטור כשלא שמר יפה אבל כשעשה מעשה בידים והפסיד מזיק מיקרי וחייב אפילו בבעלים וכן כתב הרדב"ז בתשו' כ"י וכן מהרש"ך עיין שם ותשוב' הרדב"ז נדפסה בחלק שני סימן קכ"ט עיין שם

שם באורך והרב משפט לדק חלק שני סימן ז' הכריח דר"ח סבירא ליה דאפטרופוס אפילו מזיק פטור מדכת' התוס' בפרק שור שנגח דמה שהאפרופו' נשבע ליתומים היינו שלא עשה כלום משלהם אבל אין נשבעי' שלא פשעו דאפי' פשעו פטורי' וא"א לימא דהשבו' היא שלא פשעו ואבדו בידים אלא ודאי דכי אבדו בידים פטור עיין שם גם הרשב"ש בתשו' סימן שע"ג כת' על אפטרו' שפרע שט"ח ליורשי המלוה שמת הלוה ואח"ך מת מליה דחייב לשלם להם מה שהפסידם לפי שמן הדין פטורים דאין אדם מורים שבועה לבניו וה:א פשע בנכסיהם ואף על פי שהרמב"ן כתב האפטרופ' שמינהו אבי יתומים בפשע פטור וכו' אבל מינהו בית דין מודה דחייב לשלם וכולי עיין שם משמע דס"ל דמינהו אבי יתומים למ"ד דפטור מפשיעה הכא נמי אפילי פרע ליורשי המלוה הפך הדין דהוי מזיק בידים פטור והרב משפט לדק שם שכ' אלא שאיני סומך על דעתי הפך מהרשד"ס אלא אם יסכימו עמי עיין שם אלו ראה תשוב' הרשב"ש לא היה חושש לס' מהרשד"ס:

והרב כנסת הגדולה הגב"י אות פ"ז תמה על הר"ש בר הרשב"ץ ושאר אחרוני' שחייבו לשותף בפשיע' דהא קיימא לן פשיעה בבעלים פטור וכו' ואפשר דס"ל דנדון דידהו הוי מזיק בידים ודוקא פשיעה בבעלי' פטו' אבל מזיק חייב וכן כתב אות ק"ח עיין שם וכה"ג כת' הר"ש אות קכ"ו בשם מהרש"ל ומהרשד"ס ומהרש"ך גבי אפטרו' דלא פטרו אלא מפשיעה אבל מזיק בידים חייב עיין שם וגם הרב משפט לדק חלק שני סימן ז' שכתב דאפ לו מזיק פטור אפשר דהיינו דוקא באפטרו' שפוטרו אפילו מפשיעה מטעמ' דממנע ולא עביד וה"ה מזיק מה"ט אבל לגבי שומר דבעלי' אפשר דמודה דדוקא גבי שמירה הוא דכתיב אם בעליו הוא דפטור אבל מזיק חייב ודוק' באפטרו' סבירא ליה הכי מה"ט דממנע ולא עביד אבל בשמירה בבעלים דוקא גבי שמירה דכתיב הוא דפטור אבל מזיק חייב כמו שהכריח הרב כנסת הגדולה מדברי הרשב"ש אבל ראיתי תשוב' הרשב"ש בסימן שע"ח ושם כתב וזה לשונו השותף המוכר חיי' לשלם לפי שפשע ועוד בהוא בומר שכר דבפרק חזקת הבתים אמרינן שותפים ש"ש הם וכולי נשמע דאפי' לא פשע חייב לפי שהוא ש"ש ואמאי הא במירה בבעלים היא ופטור ול"ע:

ז' דין יו"ד והמשתתף עם חבירו וכולי ראובן נתן ממון לשמעון על לד העסק וכשתבעו ממנו א"ל מכרתי מקלת בהקפה וברח בעל חוב ואמר ראובן לא הרשיתי אותך וכו' הדין בזה הוא שישב' ראובן שלא נתן לו רשות למכור בהקפה ויתן לו שמעון וזה אם טוען שמעון שראובן נתן לו רשות בפי' למכור בהקפה אבל אם לא פירש זה ואמר שהענין היה על הסתם נסתלקה השבועה מראובן ויתחייב שמעון להוציא החוב ולא יפסיד ראובן ממנו דבר וכו' מהר"י ן' מיגש בתשו' סימן ע"ט עיין שם:

ח' ואח"ך הודיעו והסכים למעשיו וכו' משמ' דהסכים עמו בפי' אבל בשתיקה בעלמא לא אמרי' בזה דשתיקה כהודאה הסמ"ע וכן כתב מהריב"ל חלק ראשון סוף כלל ה' וכן הסכים הרב משפט לדק ח"ב סימן כ"ו דף ק"ך עיין שם וז"ל מרן הב"י סל"ח שכ' מיהו גם לגי' רבי' ומהריק"ו פשיטא שבשעה שהכניסו לשותפות לא ידע חבירו מיהו היכא דידע ואחר כך שתק וכולי ת"ל מפני דידע ושתק וכולי עיין שם ונראה דס"ל דאם בשעה שהכניסו ידע ושתק שתיקה כהודא' כיון דבידו למחות ולא מיחה והרא"ש מיירי דבשעה שהכניסו לא ידע אלא לאח"ז וכן הביא בפרישה סס"י ל"ג וכת' עליו וז"ל מיהו אכתי ק' כיון דעכ"פ ידע שמעון זה זמן מה קודם שבאו לחלק נאמר גם כן שתיקה כהודאה דמי לכן נר' גי' דלא ידע עיקר ומיירי וכולי עיין שם בהסמ"ע הרי דסבירא ליה דאפילו לא ידע עד לאח"ז אמרינן שתיקה כהודאה הפך מ"ש בסמ"ע בסי' זה ומכל מקום נראה דעת מרן אם ידע שעת מעשה ושתק שתיקה כהודאה דמיא אבל אחר מעשה א"ל דלא אמרי' שתיקה כהודאה די"ל ששתק לפי שסבר עשאהו ואין בידו לשנות כמ"ש הסמ"ע וכן תי' מהריט"ן סי' פ"ד עיין שם גם מהריק"ו סי' כ"ד סבירא ליה דשתיקה כהודאה והביא ראיה מדברי הרא"ש ומהרב"א בתשוב' סימן מ"ג הסכים עמו ליישב דברי הרא"ש עיין שם באורך וה' עדות ביעקב סוף סי' ס"א הביא דברי מהריב"ל וכ' גם כן מהטעם שכ' מרן הב"י דכיון שא"ל מתרלה הרי מחל לו ומחילה אין לריך קנין ובמחילה דוקא קנין הוא דלא לריך הא דבור בפי' שמוחל לו לריך ואם כן אפילו היה בידו לשנות נמי בעי' מחילה בפי' עיין שם באורך ולא זכר דברי מרן הבית יוסף על תשוב' הרא"ש דנראה דס"ל דשתיקה כהודאה ואיברא בפי' לסמ"ג עשין מ"ח גבי אלמנה שלא תבעה כתובתה כ"ה שנים כתב וזה לשונו מכאן דמחי' אפילו בלב מהני בלא דבור ואסור לו לתבוע אח"ך דהוי כגזל וכן אם הודה בבית דין שמחל בלב עיין שם וכן דעת מהרשד"ס סימן רמ"ו אבל מלאתי להנ"י בפרק י"נ גבי המחלק נכסיו לבניו ואשתו שותקת אבדה כתובתה שכת' וזה לשונו ובדרכי' אלי קולי כתובתה ניהו דאע"ג דלא מחלה בפי' אמרי' דכמו שמחלה בהדיא הוי מסא"כ בב"ת עד דמחיל בהדיא לא הוי מחילה וטעמא דב"ת משום דעבד ליה נייחא ליה לימתן ליה מעותיו אבל הכא יותר משהאיש רולה לישא אשה רולה לינשא וכולי עיין שם וכן כתב הרא"ש בתשו' כלל מ' סימן ב' עיין שם וכן כת' בעל התרומות שכ"ע הביאו הב"י אה"ע סוף סימן ק"ז עיין שם ואם כן הכא נמי באלמנה שלא תבעה כתובת' כ"ה שנים מקולי כתובה ניהו אמרי דמחילה דשתיקה מהניא ועיין במהרשד"ס סימן שכ"א וסימן שכ"ט ושוב ראיתי למהרימ"ט חח"מ סימן מ"ה שכתב דמחילה בלב אינה כלום ודברים שבלב לא הוו דברים כל דליכ' הוכחה למה שבלבו אבל אי איכא הוכחה הוו דברים וכ"כ בסי' קי"ב דשתיקה אינה כלום עיין שם וה' יוסף אומץ סי' מ"ו כתב דבחי' הגרשוני כתב על דברי רש"ל דמהרי"ט בתשוב' נראה שחולק ואם כוון על תשוב' מהרי"ט ח"מ סימן קי"ח נראה דאין ראיה עיין שם ולא ראה תשוב' מהרימ"ע סי' מ"ה וסימן קי"ב שכ"כ בהדיא עיין שם וכן כתב מהר"ס אלשיך סימן ע"ב דשתיקה לא הוי כמחילה והביאו ה' קהלת יעקב דקפ"ח עמוד שני עיין שם ועיין בה' כנסת הגדולה בח"ב סימן קל"ח אות ו' אבל הרב בני אהרן סימן מ' הוכיח מדברי מרן הב"י (עכ"מ):

ט' דין י"ב ונראה דשותפין בממון ובא עלילה על אחד מהם חייב חבירו והרא"ש בתשו' כתב שאם יברר שמעון בעדים שלא פרע היהודי לגוי ולטרך שמעון לפרוע לגוי שיפרע ראובן חלקו וכו' וכת' מרן בבדק הבית בסימן קע"ו למה לריך לברר כן שאף אם פרעו והגוי מכחישו ועל ידי כן הולרך שמעון לפרוע לגוי למה לא יתחייב ראובן לפרוע עיין שם הרי דאפילו פרע א' שלא כדין חייב חבירו לפרוע חלקו וגם הסמ"ע בסימן

בסימן ל"ג ובסימן קע"ו שכתב שאם לא יברר כן אינו חייב כיון שיכול להיות שלוי כבר פרעו והגוי בא בעלילה על שמעון ואין נתפס על חבירו וכו' וכן הסכימו האחרוני' כמו שכת' הר' כנה"ג בסימן קע"ו אות ר"א עי"ש כר' דהיינו דוקא כשבאה העלילה אחר שכבר חלקו השותפות שמזלו גרם וכן לשון הפרישה בסימן ל"ג דכל שלא נתברר בעדים שלוי לא פר' לגוי אף אם אירע שהגוי בא בעקיפין ונצטרך לשלם לו שלא כדין יאמר לו שמ' מזלך גרם מאחר שכבר חלקנו וכולי משמע בהדיא דאם עדיין הם שותפים מזל שניהם גרם וכן חילק הרב משפט לדק חלק ב' סי' ע"א מתשוב' מהרשד"ם סימן ק"ם וכבר הוכיח כן הרב תורת חסד סימן ר"א מדכת' הגמי"י פרק י"ט מהלכות מכירה מכאן פסק מור"י על ראובן ושמעון שהיה להם חוב בשותפות ופרע להם הגוי עד ט"ו ליטרא כי אמר שראובן חייב לו ט"ו ליטרא וראובן אמר אינו חייב לו מאומה וכו' ופסק מור"י שההפסד על שניהם בשוה מהא דאמימר דסתם גוי אנס הוא ותובע מראובן שלא כדין ואפילו שבועה אין לריך ליפב' לשמעון והיינו כשעדיין הם שותפין בהותו חוב דאז העלילה חלה על ממון שניה' בשוה והרא"ש מדבר אחר שחלקו השותפות וכ"כ בהגהות :

יו"ד **ואם** התנו ביניהם בשטר שיחלקו שאם יקו' איזה מערער ומערער על א' מענין השותפות שיפרע כל אחד חלקו וכולי כתב מהרשד"ם סימן קע"ו וז"ל דלא מהני תנאי זה שהרי כתב הרמב"ם חייב עלמו בדבר שאינו קלוב לא מהני וכו' ואף על פי שרבו החולקי' על הרמב"ם אין להוליא ממון נגד הרמב"ם ורבותיו ועוד א"ל דלא מהני תנאי דכל דאי הוי אסמכתא וכו' והרמב"ם והרמב"ן סביר"ל דשנים שהתנו ביניהם וכו' יהיה לאמלע לא הוי תנאי וכו' אלא שאני רואה שכ' מהריק"ו בשורש קפ"ה דלא קיי"ל כהרמב"ם והרמב"ן דכל רבוותא פליגי עלייהו ונראה לעניות דעתי שכן פשט המנהג וראוי לעשו' כן אחר שמהריק"ו הוא בתרא ופ' למעשה כרבוותא וסברי דכל תנאי שמתנים השותפים בין דבר קלוב בין דבר שאינו קלוב אפילו באסמכתא תנאם קיים אם כן בנדון דידן נמי חייב לפרוע חלקו מה שהוליא בעלילה וכו' עיי"ש וא"כ לדידן דקיימא לן כמרן שפסק בסימן קע"ו ס"ג האומני' שנשתתפו באומנותם אף על פי שקנו מידם אינם שותפי' וכו' שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עיין שם כר' דה"ה תנאי דאי וכולי דהוי אסמכתא לא מהני ואף על גב דלא קיימא לן כהרמב"ם במחייב עלמו בדבר שאינו קלוב כמו שכתב מרן בסימן ס' ובסוף סימן ר"ז דחלקו עליו כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד והכי נקיטי' עיין שם וה"נ שותפין שהתנו בדבר שאינו קלוב משתעבד מכל מקום תנאי דאי וכולי דהוי אסמכתא לא מהני וה' משפט לדק חלק שני סימן ע"ח כ' דגם הרמב"ם ורבותיו סבירא להו דמחייב עלמו בדבר שאינו קלוב אפי' בקנין לא משתעבד היינו דוקא במחייב עלמו לחבירו אבל בתנאי דשותפים מודו דמועיל שהרי הרמב"ם בפ"ד מה' שותפי' האומנים שנשתתפו באומנות וכו' אף על פי שקנו מידם אין כאן שותפות שאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם הרי שכתב דהוי דבר שלא בא לעולם ולא מטעם דהוו מתני' בדבר שאינו קלוב ותמה על מהרשד"ם סימן קע"ו שכתב לחייב השותפין מתשו' מהריק"ו שכתב דלא קי"ל כהרמב"ם וכולי עיין שם ונראה דסובר כמו שכתב מהרש"ח בביאורו לסי' ס' ובתשובו' סימן ל' דהא דכתב רבינו דאין אדם מתחייב בדבר שאינו קלוב היינו דוקא מחייב עלמו בחנם אבל כל דאיכא הנאה גמר ומשעבד עלמו והיינו דאמרו מה שתלד מלודתי קנה אף על פי דהוי דבר שאינו קלוב שותפים גמרי ומשעבדי בהנא' שיש להם זה מזה אם כן נראה דה"ה תנאי דאי וכולי דהוי אסמכתא בשותפי' קיים כמו שכתב הרב מש"ל פרק י"א מה' מכירה דתנאי בשעת נישואין אפילו באסמכתא קיים כמו דבר שאינו קלוב לדעת רבינו דכר' דאסמכתא דמיא לדבר שאינו קלוב דטעמא הוי משום דלא סמכא דעתיה עיין שם והכא נמי כיון דמהני תנאי דשותפי' בדב' שאינו קלוב הוא הדין תנאי דאסמכתא וכן כת' מהרשד"ם עלמו בסימן ל"ט בתנאי דהוי דבר שאינו קלוב ועוד דהוי דב' שלא בא לעולם וכו' וז"ל ואף על פי שבדיני ממונו' א"ל דמלי הנתבע למימר קי"ל כפ' וכדאי הוא הרמב"ם ורבותיו ליסמך עליהם מכל מקום אפ"ל בנדון דידן שחייבים כל הסוחרי' לקיי' ההסכמ' הזאת ולאת להר"ת כ"מ שהסכימו ולא מיבעיא השתא דהוי הסכמה בחרם וכו' אלא אפילו לא היה חרם חייבים לקיים והטעם שלא בכל הדברים סבי"ל להרמב"ם שהרי משנה שלמה שנינו בפרק הנושא את האשה ופסק לזון בת בתה חמש שנים הרי זה חיי' וכו' וכבר נתן הרמב"ם בעלמו טעם וא"כ נמלינו למדי' דכדברים דאיכא טעמא דאגן שהדי דגמרו ומקנו אהדדי אל הקנין וכולי ונראה לדקדק כן מדברי הרמב"ם שכת' שזה כמו מתנה של' זה מיותר מאחר שאמר שדב' שאין לו קלבה לא סמכא דעתיה ולא גמיר ומקני וכולי למה ליה למימר שזה כמו מתנה אלא שנראה דלא אמרי' הכי אלא דהוי כמו מתנה אבל היכא דהוי בשכירות לא וכו' עמ"ש הרי דסבי"ל דמחייב עלמו בדבר שאינו קלו' דלא נשתעבד היינו דוק' בחנם אבל בשכירו' ובכל הנאה גמר ומשתעבד ולמד כן מההיא דהפוסק לזון את בת אשתו דחייב מה"ט לכך בתנאי דשותפי' אפי' בדב' שאינו קלוב קיים וכתב הר' משא מלך חלק ב' בשער ד' משפט ב' למדנו מדבריו שאם היו בשותפים ההולאות והעלילי' המלך למקלת הקהל הכל חייבים לשלם ואפילו לא היו שותפים אלא שז' טובי העיר שמנו אותם בני העיר פרעו וסלקו העלילה חייבים הכל לשלם ומה שכ' שאם העליל את לוי ויהודה וכו' נראה תמוה שהרי בתחלת התשו' כתב שגם יהודה ולוי פטורים שהם לא עשו דבר שיתחייבו עליו מן הדין וכו' וא"כ למה לא ישלמו הקהל עמהם כיון דשותפי' הם בכל האפשר דס"ם כיון שהם גרמו הדבר ונתפ' מקל' מהם הכל חייבים לשלם ודוקא אם הנתפסי' גרמו העליל' אף ע"פ שלא נתפסו אלא מקלת מהם חייבים הכל וכב' מהרא"ב בספר לחם רב בסימן קי"ד כ' על נדון כזה והוכיח דשותפין כל שלא חלקו השותפות כל עליל' שבאה על אחד מהם חייבים חביריו לפרוע לו והכא נמי בנ"ד נאמר כיון שזו העלילה היא מסיבת השותפות חייבי' הכל לשלם מיהו אין טעם זה מספיק דשאני שותפות בממון כיון דהשותפין נהנו בממון סילקו ההפסד אבל בנדון דידן אין להם שום הנאה אלא למליה נתכוונו ומלות לאו ליהנו' ניתנו ע"ש עוד כתב מהרא"ב שם לחייב אותם התנאי אשר ביניהם ותנאי איכא למשדי ביה נרגא מ"ש מהרש"ך דהם מתפיסים בדבר שאינו קלוב ויכלו לומר קיימא לן כהרמב"ם ורבותיו וכו' מכל מקום בנדון דידן דהוי תנאי גמור דלא אמרו הרמב"ם ורבותיו אלא בשני שותפין אבל בבני אומנות א' שהם מסכימי' לכך מחייבי' עימם אפי' בדבר שאינו קלוב כי היכי דמהני כח הרבים לחייב עלמ' אפילו בלא קנין גם לדעת הרמב"ם כמו שכת' מהריק"ו בשרש קפ"ב והכריח הדבר דאטו ר' תנא דליפלוג אתוספ' דר"ח דקתני רשאים הלמרים והלבעים וכולי גם אני או'

דאף

דאף לדבר שאינו קצוב הסכמת הרבים עדיף דהא אמרו בהך תוספתא רשאי' הגמרי' והצבעי' כל מקח שיבא לעירי שיהיה לשותפות וכו' ובודאי הרמב"ם לא פליג עלה וכל מקח שיבא לעיר דבר שאינו קצוב הוא שמחייב כל אח' בכל מקח שיקח יתן חלק לחבירו ונמצא מחיי' עצמו בדב' שאינו קצוב אלא ודאי כח הרבים בני אמונית א' עדיף וכו' עיין שם ובתשו' מהריק"ו שם הביא תשוב' הרשב"א שכ"כ עיין שם אם כן נראה דגם בתשו' זו דשחוק וכו' דסבירא ליה דאם נשתתפו חייבים הכל לפי שכח הרבי' עדיף לחייב עצמם מיהו מה שהוכיח מהרא"ד"ב מהתוספת' דרבים מחייבים עצמם אפילו בדבר שאינו קצוב שיש לדחות דהיינו דוקא בשותפים לענין ממון שיש להם הנאה ואפי' שני שותפין תנאם קיים אפילו בדבר שאינו קצוב וכבר כבו מהרשד"ס סימן ל"ט בתנאי דהוי בדבר שאינו קצו' ועוד דהוי בדבר שלא בא לעולם וכולי הוכיח דלא אמר הרמב"ם ורבותיו אלא במחייב עצמו דהוי כמו מתנה אבל כשיש להם הנאה גמרי ומשתעבדי עיין שם באורך אך תמהני עליו דאם היה דבר שלה בא לעולם אפילו איכ' הנאה לא מהני כמו שכתב הרמב"ם בפ"ד מה' שותפים האומנים שנשתתפו באומנותם וכו' אף על פי שקנו מיד' אינם שותפים-שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעול' עיין שם אלמא אפילו איכא הנאה לא משתעבדי בדבר שלא בא לעולם והוה ליה למהרשד"ס לחייב בנדון דידן מתשו' מהריק"ו דגם הרמב"ם מודה בבני אומנות א' דכח הרבי' אלים לחייב עצמם אפילו בדבר שלא בא לעולם ובלא קנין וכמו שכתב מהרשד"ס עצמו סימן קנ"ג דשותפין דנדון דידן אפילו לדעת הרמב"ם והרמב"ן נתקיים אפילו בלא קנין וכמו שהוכיח מהריק"ו שורש קפ"ב מתום' דרשאים החמרי' וכו' שכן סבי"ל להרמב"ם דהיכא שכל האומנים הסכימו להשתתף שהסכמתם קיימת בלא קנין ואין א' מהם יכול לחזור בו שכח הרבי' יפה כדכ' הרשב"א ולא פליג הרמב"ם על שאר פוסקים אלא בשני שותפים דעלמא וכו' וא"ת דה"מ כשנתקשרו כולם אמנם בנדון דידן נשארו קצת אנשים שלא נכנסו בהסכמה א"ל דמ"מ אחר שהיה רובם רובו ככולו וכן אפשר לדקדק מל' הרב שכתב דע"כ לא פליג הרמב"ם אלא בשני שותפין וכו' התחיל בב' שותפין וסיי' בכל אלא שנראה שהרוב בכל והמחלה כשנים וכו' עש"ב ואם כן בסימן ל"ט דנדון דידן הסכמת רבים היא אפי' בדבר שלא בא לעולם קיימת וכל שכן בדבר שאינו קצו' ואם כן אם תמצי לומר בשני שותפין לא נתחייבו בדבר שאיני קצוב יפה כח הרבים דאפילו בדבר שלא בא לעול' חייבים וכל שכן דבר שאינו קצוב ואם כן אפילו תנאי דשותפים דנדון דידן דהוי מלוה דליכא הנאה קיים דהא אפילו שותפות דממון דיש הנאה לא משתעבדי אפי' בקנין בדבר שלא בא לעולם ואפילו כח הרבים אלים ומשתעבדי אפילו בדבר שלא בא לעולם בלא קנין וכ"ש דבר שאינו קצוב והתימה על מהרא"ד"ב שהכריח דמשתעבדי אפילו בדבר שאי"ק מהתוספתא דקתני רשאים הגמרים והצבעי' לומר כל מקח שיבא לעיר יהיו שותפין וכולי דהוי דבר שאינו קצוב ותנאם קיים דהא לענין דבר שאינו קצו' אפי' שני שותפים תנאם קיים דבהיא הנאה שיש להם גמרי ומשתעבדי אפילו בדבר שאינו קצוב כמו שהוכיח מהרשד"ס סימן ל"ט דלא מתחייב בדבר שאינו קצוב אלא במחייב עצמו בחנם וכן כתב מהרש"ח בפי' לסימן ס' ובתשובו' סימן ל' עיין שם :

י"א בת' מהרשד"ס סימן ל"ט על ההסכמה שעשו הסוחרים וכו' דהוי דבר שאינו קצוב ועוד דהוי דבר שלא בא לעולם וכולי ואע"פ שבדיני ממונות מלי הנתבע למימר קימא לן כפ' וכדאי הוא הרמב"ם ורבותיו ליסמך מ"מ א"ל בכ"ד שחייבים כל הסוחרים לקיים הסכמה זו ולתת להר' חיים כל מה שהסכימו וכו' והטעם שלא בכל הדברים ס"ל להרמב"ם כן שהרי משנה שלמה שנינו בפ' הנושא את האשה ופסק לזון את בתה ה' שנים הרי זה חייב וכו' וכתב הרמב"ם בעצמו טעם ואם כן נמצינו למדים דבדברים דאיכא טעמא דאנן סהדי דגמרו ומקנו אהדדי חל הקנין ויש להביא ראיה מהא דכ' מהריק"ו שורש ך' שיש במרדכי תשוב' לרבינו משולם קלונימוס על ג' אחים שהתנו ביניהם יחד בקנין וכו' הרי שהאחים אלו נשתעבדו לדבר שאין לו קצבה שכ"כ מי שיקבל וכו' ולא פי' מעט או הרבה והוי דבר שלא היה ברשותם ועכ"ז פסק שהתנאי שהתנו קיים וכו' עיין שם ותמהני דהרי הרמב"ם סבירא ליה דשותפין שהתנו על דבר שלא בא לעולם אין תנאם קיים וה"ל דה"ה תנאי דבר שאינו קצוב הוי כדבר שלא בא לעולם ומה ראיה מתשוב' רבי' משולם דאפשר דהוא ס"ל כרוב הפוסקים דמחייב עצמו אפי' בדבר שאינו קצוב חייב וא"ת"ל דסובר כהרמב"ם דמחיי' עצמו בדבר שאינו קצוב אינו חייב מכל מקום בשותפי' הרי ס"ל אפילו התנו על דבר שלא בא לעול' ואינו ברשותם נשתעבדו בההיא הנאה דלייתי אהדדי וכו' וכל שכן דבר שאינו קצוב וכן מבואר בתשו' מהריק"ו שורש קפ"ב ובתשו' מהריב"ל חלק שני סי' ל"ח פלוגת' עיין שם באורך ואם כן הרמב"ם סבירא ליה דשותפי' לא משתעבדי בדבר שלא בא לעולם אפשר דה"ה דבר שאינו קצוב ואע"ג דמוכח מדברי הרמב"ם דדבר שלא בא לעולם גרע מדבר שאינו קצוב דכפר' ו' מה' זכייה כת' גבי תנאי דנשואין דצריך שיהיו הדברים שהם פוסקי' מצויים ברשותו שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ובפי"א מה' מכירה כ' דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב לא נשתעבד והפוסק לזון את בת אשתו דחייב לפי שדומה לדברים הנקנים באמירה עיין שם אלמא דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו גרע מדבר שאינו קצוב וא"כ א"ל דה"כ אף על גב דתנאי דשותפי' בדבר שלא בא לעול' לא קיים מכל מקום בדבר שאינו קצוב תנאם קיים כמו בתנאי דנישואין והיה א"ל דגם הפוסקי' דס"ל דשותפין משתעבדי אפי' בדבר שלא בא לעול' מודו בדאיכא תרתי לריעותא דבר שאינו קצוב וגם דבר שלא בא לעולם לא משתעבדי כמ"ש הפרישה בסימן קל"א גבי ערב בדבר שאינו קצוב דדעת הראב"ד והטור שם דאע"ג דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב משתעב' ערב שאני שיש ג"כ אסמכת' ואף על גב כל א' בפני עצמו משתעבד מ"מ בהצטרפות יחד אסמכתא בערב לדבר שאינו קצוב הולכין אחר הומדנא דדעתא וכ"כ מהרא"ד"ב בתשוב' מהרש"ת סימן ז' דהסוברי' דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב קנה מודו בערב דלא קנה עיין שם והכא נמי א"ל אף על גב דסבירא ליה דמחיי' עצמו בדבר שאינו קצוב קנה וכן שותפי' משתעבדי אפי' בדבר שלא בא לעולם דלכל בפני עצמו משתעבד מכל מקום בהצטרפות יחד דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו קצוב לא נשתעבדו אבל מתשו' רבי' משולם דג' אחין וכולי דנשתעבדו לדבר שאינו קצוב והוי דבר שלא היה ברשותם ועכ"ז פסק דתנאם קיים כמ"ש מהרשד"ס אם כן אפילו איכא תרתי לריעותא דהוי דבר שאינו ברשות' ודבר שאינו קצוב משתעבדי וכ"כ הה"מ בפרק כ"ה מהלכות מלוה גבי ערב בדבר שאינו קצוב דרבי' אזיל לטעמיה שכתב המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב

קלוב אפילו קנו מידו לא נשתעבד ולדעת החולקים שם אף כאן הערב משתעבד בכל ע"ש וכן פסק מרן בסי' קל"א סי"ג מי שלא פי' קלב הדבר שערב וכו' להרמב"ם אין זה הערב חייב כלום וכל הבאים אחריו חלקו עליו והכי נקיטי' עיין שם הרי דסבירא ליה דהרמב"ם דפוטר הערב משום דאזיל לטעמיה דמחייב עלמו בדבר שאינו קלוב לא משתעבד אבל החולקי' עליו חולקי' נמי בערב ועיין שם בהסמ"ע והכא נמי בשותפי' לדעת הפוסקים דאפילו בדבר שלא בא לעולם משתעבד אפילו הוי נמי דבר שאינו קלוב דהוי תרתי לריעותא משתעבדי בההיא הנאה דלייתי אהדדי וה' משפט לדק חלק שני סי' ע"ח הכריח דגם הרמב"ם דסבירא ליה דמחייב עלמו בדבר שאינו קלוב לא קנה מודה בשותפי' דשותפי' נזעי' מדכ' הרמב"ם האומני' שנשתתפו באומנות' וכו' ואעפ"י שקנו מידם אין כאן שותפו' דאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם ולא מטעם דהוו מקנים בדבר שאינו קלוב ותמה על מהרשד"ם סי' קע"ו שכ' לחיוב השותפי' מתשו' מהריק"ו שכתב דלא קיימא לן כהרמב"ם וכולי עיין שם ואם כן אומני' שנשתתפו באימנות' וכולי הוי דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו קלו' ואפ"ה החולקי' על הרמב"ם ס"ל דתנאם קיים אף על גב דהוי תרתי לריעותא אבל אין זה נוכרת דכבר כ' הרשב"א בתשו' הביאו מרן הב"י סי' ס' דאפי' לא קלן כך ידוע אלא שאמר הריני מחייב עלמי בקנין לתת בכל שנה מעשר פירות היולאים בשדה זו ה"ז כקלן וכ' מהרח"ש בתשו' בס' משפט לדק סימן יו"ד דאין זה חולק על הרמב"ן שכתב באומר נודות כך של חטים אני נותן לך כל שנה דהוי דבר שאינו קלוב שמא יוקרו החטים דהתם משום נתחייב במנין קלו' ואיכא למיחש שמא יוקרו החטים אבל בנדון הרשב"א לא אמר אלא מעשר היולאים דבר קלוב מקרי דהמעשר נוטל בין יולית הרבה בין יולית מעט והרב משפט לדק סימן י"א שבח תי' זה עיין שם ואם כן הכא נמי (עכ"מ) :

י"ב שותף שגנב או גזל שכ' מור"ם שלריך לחלוק עם שותפו והש"ך והט"ז חלקו עליו נייהו

נראה דלא קיימא לן כמור"ם וכמ"ש הש"ך שכ"כ דעת מרן הב"י וכן כתב הרב כנסת הגדולה אות קע"ד על הב"י שכתב אך העיטור מב"א ראיה וכו' נראה מדברי רבי' המחבר שהשמיט זה בש' הקלר דנקיטי' כדברי בעל העיטור עיין שם והרמב"ם ומרן שכ' דשותף שעשה סחורה בנבלות וטרפות דלריך לחלוק עם חבירו כבר כ' המח"א בה' שותפי' סימן ח' דההיא לאו מדין זכייה אלא דס"ל דמעותיו קנה לו לפיכך לריך לחלוק עמו אבל במידי דגניבה אין הרגלים לומר שיזכה הוא לחבירו ונחייב אותו לחלוק עמו כיון דהוא עלמו לא קנה הגניבה ולריך הוא להחזיר לבעלים וכו' עיין שם :

י"ג שותפי' שהתנו ביניהם שכל מה שירויחו מהמת גופם ומנוכס הכל לאמלע אין המליאה

בכלל דאין המליאה והמתנה והירושה באים לו מחמת גופו שאין משמע מחמת גופו אלא מחמת טורח גופו הרשב"א בתשו' חלק שלישי סימן קמ"ג עיין שם :

י"ד דין ט"ן הגה ואם שינה או פשע וכולי דוקא ודאי פשע אבל אם הלה טוען שמא

פשע חייב ולא הוי כאיני יודע אם הלויתני דנשב' ונפטר הכנה"ג בתשו' ח"א סימן ל"ג עיין שם :

ט"ו דין י"ח ואם חלק בפחות מג' וכו' שותף שהלך לעיר אחרת ומכר הסחורה ולקח במעו'

חלק חבירו ובשלו סחורה ולא יכול ואחר כך נפסד כת' הטור בסי' קע"ו דאם חלק בלא דעת חבירו שלא בפני ג' לא עשה כלום בד"א שחלקו פירות אבל אם היו מעות מטבע א' ושוים יש לו לחלוק שלא בפני בית דין ומניח חלק חבירו בב"ד וכו' וכ' הסמ"ע לשון הטור אם חלק בלא דעת חבירו והרויח או הפסיד הכל לאמלע כאילו לא חלקו וכו' וכ"כ דעת המחבר בש"ע שכ' סתם לא עשה כלום משמע בין הרויח בין הפסיד וממילא ההפסד הוא לאמלע כאילו לא חלקו וחזר בו ממ"ש בב"י עיין שם והכנה"ג הגה"ט אות קס"ג כ' דה"ד כשהמעות הם תחת יד שניהם ויש עדים שהם מטבע א' ושוים אבל כשהממון הוא ביד אחד אין סברא שהשותף נאמן ליקח חלקו בלא עדים שראו שהיה מטבע אחד ושוים וכולי תומת ישרים סימן קע"ח בשם הר"ש ן' מלך ולפי דבריו אף אם מת לא טעני' ליורשים שמא שחלק היו המעות שוים דלא טעני' ליתמי אלא מידי דהו"ל אבוהון למיטען בלא ראיה אבל בספר משפט לדק חלק שני סימן מ"ו כתב דטעני' ליתמי שמא שחלק אביהם היו המעות כולם שוים עיין שם וכר' דאם הוא לא נאמן לומר שהמעות שחלק היו מטבע א' ושוים אלא בעדים ודאי אם מת אין טוענ' ליורשי' שמא אביהם יש לו עדי' כמ"ש בס' עה"ש חלק ראשון סימן ע' אות ך' מדברי הר"ן והאחרונים עיין שם והרב משפט לדק סבירא ליה דהוא נאמן בלא עדים דהמעות שחלק היו מטבע אחד ושוים אבל הסחורה שחלק שלא בפני ב"ד לא עשה כלום והשה"ג הביאו הכנה"ג אות קנ"ג לפעמים שותף חולק שלא מדעת חבירו במקום פסידא ואפי' לא הודיעו וכגון דאיכא אומדנא עיין שם וכן כתב מור"ם בהגה לקמן סכ"ח וכן כתב המרדכי דכל דאיכא פסידא יכול א' לחלוק בלא דעת חבירו ולהליל לעלמו וכן השותפי' וכו' עיי"ש כר' דה"ד אם אמר לעלמי אני מליל בפני עדים וכתב מהריט"ן סימן רי"ט וזה לשונו וכתב נמי כיון דבמקום פסידא יכול לחלוק ולומר לעלמי אני מליל אם כן בכ"ד וכולי אמנם לריך שיאמר בפני עדים לעלמי אני מליל והאח"מ דבריו תמיהים דע"כ לא אמרו דשותף חולק במקום פסידא אלא דניכרת ההפסד בשעת החלוקה וכגון ההיא דשיירא וכולי אבל בכ"ד דבשעה שפרע לו הלוה קלת המעות שהם מעות עדיין לא היה פסידא כ"א אחר ימים או עבור שברח והלך לארץ אחרת לא יוכל ראובן לחלוק שלא מדעת חבירו וכו' עיין שם :

ט"ז ראובן ושמעון שותפין ויש להם שט"ח על גוים כתובי' בשם שמעון לבדו ועתה חלקו

השותפות וקבל ראובן כל החובות ונתחייב ליתן לשמעון כו"ך בשבו' לזמן פ' וכתבו השטר בעדי ישראל ובהגיע זמן הפירעון אמר ראובן לשמעון אותם השט"ח הכתובים בשמך על הגוים בעש"ג הכתוב לי שהם שלי בעשה"ג כדי שיוכל לגבות אותם הדין עמו שיעכב המעות שזקפו עליו עד שיכתוב לו ואינו עובר על שבועתו הרדב"ז ח"ג סימן תכ"ט עיין שם :

י"ז דין י"ט בטלה השותפות אע"פ שהתנה לזמן קבוע ואם התנו בשעת השותפות דאף

ימות א' מהם לא יתבטל השותפות עד זמן שקבעו וכו' הדבר ברור דנשתעבדו הנכסים לשותפות ויכול השותף להתעסק לבדו עד תשלום הזמן ואין היורש יכול לעכב עליו אבל חולקים הריוח כפי התנאי שהיה לו עם אביו ולא מלי למימר אטול יותר מפני שאני טורח לבדי דמ"ל היורש אם כן אין רולה בזה נחלוק הרדב"ז חלק ב' סי' ש"ך עיין שם :

י"ח בטלה השותפות וכו' מהרשד"ם סימן קנ"ג כ' דה"ד לגבי היורשים אבל לגבי השותפי' לא בטלה השותפו' כגון אם ג' או ד' ומת אחד מהם לא בטלה השותפות לגבי השאר אבל ה' משאת מלך כת' דבטלה השותפו' ומהרש"ך חלק שני סי' ס"ו לא פסיקא ליה וכתב דאם נשבעו שלא יפרד עד זמן קצוב אפילו מת אחד מהם לא נתפרדה החבילה לגבי השאר וכן כ' הרב משפט צדק חלק שני סי' כ"ב ה' כנה"ג אות קל"ב עיין שם וכן כתב בתשו' חלק א' סימן קל"ב ובחלק ב' סי' כ"א דבמקום שבו' ראוי להחמיר והביא ראיה מדברי ה' משפט צדק שראה דברי הריטב"א וחלק על מהרשד"ם ואפ"ה השכים דבשבו' ראוי להחמיר מספק ע"ש ונראה דלא כת' הרב משפט צדק אלא בכ"ד שנסתלק א' מהם מהשותפות מחיים דאלא"ה השכים ה' דלא בטלה השותפו' לגבי השאר דהריטב"א מודה בזה דכיון דיכולים לכופו שיקיים השותפות ולזה קאמר טעם אחר דאפילו נימא דהרשב"א והריטב"א ולדעת הריטב"א ורבותיו וה"ה בנסתלק בטלה השותפות מ"מ ראוי להחמיר בספק שבועה אבל במת א' מהם אפשר דס"ל דאפי' במקום שבו לא חיישי' לדברי מהרשד"ם נגד הריטב"א ורבותיו והרשב"א לא אמרה בנסתלק ולא במת אפי' במקום שבועה וכן כתב מהר"י באסן סימן פ"ה דבטלה כל השותפות אפילו בין החיים עיין שם וכן כתב מהריק"ש בהגהותיו ובתשו' בס' אהלי יעקב סימן ע"ד דחה דברי מהרשד"ם עיין שם ומהר"ך אשכנזי סימן ד' דחה דברי מהרש"ך וכ שם ראיה לדבריו דהוי ספק והממע"ה עיין שם ולא ראה דברי מהרשד"ם דסבירא ליה הכי דלא בטלה השותפות ומ"ש דמיהו שפסק מהרש"ך להחמיר משום שבועה אינו מוסכם וכנר' דרבים חולקים עיי"ש ליתא :

י"ט הגה ואפי' קנו מידו וכו' וכן כ' מרן הב"י בשם הרשב"ץ והיא בתשו' ח"א ל"ה וז"ל ואפילו קנו מידו בשעת השיתוף לפי דעת הרמב"ם שכ' שזה הוא דבר שלא בא לעולם שאין הקנין מועיל בו אע"פ שיש חולקים עליו בזה עיין שם וק"ק על מור"ם שכ' לעיל ס"ג וי"א דיכולים להקנות זה לזה אפילו בדבר שלא בא לעולם וכולי וא"כ ה"ל מהני הקנין :

ד' דין ה' הגה או יכולים לחלוק השטרות וכולי אבל בחובות ע"פ לא שייך חלוקה כלל מהר"י באסן בתשו' סימן י"ג עיין שם :

כ"א דין כ"ח אין שומעין לו וכו' מיירי בדליכא פסידא שהחוב בטוח וכל דליכא פסידא אין שותף חולק שלא מדעת חבירו וכ"כ מהר"ם מלובלין סימן קט"ו א"כ מיירי כשלא אמר לעצמי אני מציל הכנה"ג אות קל"ד ע"ש ועוד אפילו דאמר לבסוף לעצמי אני מציל אכן בעי' שיאמ' כן בתחלה כמ"ש הרמ"ע בסימן פ"ב הביאו הכנה"כ אות קמ"ג עיין שם וכן מצאתי למהרי"א סימן ספ"ט דזה מיירי כשלא נתכוון מתחלה להציל לעצמו וכן נר' מ"ל שאחר שפרע מקצתו רצה לעכב לעצמו וכו' אבל מתחלה לא כוון לכך עיין שם משמע דס"ל דבכוונה סגי אבל מרן בבדק הבית סי' קפ"א כ' דבעי' דוקא אמר אבל נתכוון דלא אמר אינו כלום דדברי' שבלב אינם דברים וכן כתב מהרש"ל בפ' הגוזל בתרא סימן מ"ד עיין שם וא"כ מ"ש ורצה לעכב לעצמו וכולי אפילו אמר לעצמי הצלתי דבעי' שיאמר כן מתחל' לעצמי אני מציל ודוקא אם באותה שעה כבר נראה הפסד וכן מוכח מדכתב הרא"ש הביאו הטור סימן ל' ועוד דמאי למימר אם אחד עמו לדין על החצי ותזכה בדין על החצי ויאמר אני מציל חלקי אלא ודאי כל שאין הפסד שהחוב היה בטוח אינו כלום מיהו נר' פשוט דה"ד בחוב א' של שנים דיכול להציל א' מהם את חלקו ולא יפסיד אבל בכ"ד שהם ב' שט"ח על ב' בני אדם שיש לכל א' חלק בכל שטר אינו בדין שיגבה א' כל חוב שבשטר ויציל עצמו בשל חבירו ויניח לו חוב האחד שהוא מקולקל :

כ"ב הגה אם אמ' לעצמי מציל וכו' כ' הרשב"א בתשו' הביאו מרן הב"י דאם קיבל הפירעון בפני עדים ואמ' לעצמי אני מציל זכה לו ואם קיבלו בינו לבין עצמו נאמן לומר לעצמי אני מציל מגו דא"ב אמר לא קבלתי ממנו כלום עכ"ל ונר' דאם קיבל המעות בפני עדים בעי' שיאמר לעצמי אני מציל בפני עדים והרמב"ם בפ"ז מה' מכיר' כת' גבי שליח הורו מקצת המורי' שאם קנה לעצמו וכו' ומקבלי ממון כשאמר זקפתי עלי במלוה אותם המעות וכו' וכתב המ"מ וז"ל הפריזו על מדותיהם במ"ש שהוא נאמן בדברו הקל דודאי דשיש עדים וכולי שאמר לפניהם שם שחוזר בו משליחותו לעצמו הא סתמא אינו נאמן וכ"כ הרשב"א וזה ודאי מוכרח דמסתמא אינו נאמן וכולי והובא בב"י סימן קפ"ג עיין שם ונר' דלמ"ד התם דנאמן בדבורו ה"נ נאמן לומר לעצמי הצלתי אפי' ליכא עדים וכן כתב המרדכי בפ' הגוזל בשם ראבי"ה הביאו מרן הב"י סי' קפ"א דאם אין עדים בדבר שאמ' כן נשבע שנתכוון להציל לעצמו וזוכה עיין שם ונר' דס"ל כדעת המורים שם דנאמן בדבורו אבל לדעת הרשב"א והמ"מ שם דאינו נאמן בדבורו אלא בעי' עדים שאמר בפניהם שחוזר משליחותו ה"נ בעי' עדים שאמר בפניהם לעצמי אני מציל וז"ל הרשב"א הובא בס' א"ז בפ' הגוזל מיהו דוקא כשיש עדים שלא יד לעצמו או שאמר שחוזר בו משליחותו וקונה באותם מעות לעצמו הא סתמא אינו נאמן כדאמרינן בפ' הגוזל ומאכיל גבי שיירה וכו' שותף חולק לעצמו שלא מדעת חבירו אמר פליג וכולי עכ"ל הרי דמדמה שותפים לשליח אהדדי ובתרויהו בעי' שאמר כן בפני עדים וה"נ גבי שליח אם אין עדים בקבלת המעות נאמן לומר קניתי לעצמי מגו דא"ב אמר לא קבלתי ממנו כלום כי הכא וכן משמע מדברי הרשב"א בתשובות ח"ב סימן סס"ט עיין שם והכנה"ג אות קל"ח כתב דגם המרדכי בשם ראבי"ה לא אמר דנאמן אלא כשאין עדים בדבר דאיכא מגו וכן כתב מהרש"ך סי' ק"ל אבל ה' משפט צדק סימן ג' דעתו נוטה דאפילו בעדי' וראה נאמן בשבו' וכ"כ דעת מהרי"א סי' ספ"ט ע"ש וכב' כתבתי דלמאי דקי"ל כהרשב"א והמ"מ גבי שליח דבעי' עדי' ה"נ בעי' עדי' והריטב"א בחי' לקידושין בר"פ האומר כ' וז"ל לא בא אחר וקדשה וחזרה בה בפני שנים אבל בינה לבין עצמה לאו חזרה היא ואפי' שמעוה מאחורי הפרגוד שחוזרת בה ומחשבה גרידא חשיבא וכן הדין בכל דבר שצריך חזרה וכו' עיין שם הרי שכתב דבכל דבר שצריך חזרה צריך בפני ב' עדים וא"כ גבי שליח שקנה לעצמו בעי' עדים שחזר בפניהם משליחותו ואם שמעו מאחורי הפרגוד לא מהני דהוי כמחשבה ומורם סימן קפ"ג לא הזכיר הפר המורי' רק דאם אמר בפני עדים י"א שקנה לעצמו וכו' וכן פסק מהרח"ש ח"א סימן פ"ה עש"ב וכן דעת רוב האחרונים הביאם הכנה"ג סימן קפ"ג הגב"י אות י"ו ואע"ג דס"ל דיכול לומר ק"ל כמ"ד דנאמן בלא עדים מ"מ אכן דקי"ל דאינו נאמן בלא שבועה ה"נ אינו נאמן לומר לעצמי הצלתי בלא עדים ומהרי"א בסי' קל"ד כתב דגם מקצת המורים בעי' עדים הביאו הכנה"ג אות ח' עיין שם עכ"מ :

כ"ג דין מ"ה אין שומעי' לו וכו' נר' דמיירי שהלך שם בלא"ה לצורך עצמו וכן מיירי דבשעה שעוסק זה בהולכה עסק השני פה לצורך השותפו' השמ"ע אבל אם עוסק לבדו ואין הב' עוסק כאן לגור השותפו' נוטל הולאת מזונותיו וכן אם לא הלך שם לצורך עצמו אלא לצורך השותפות נוטל הולאת מזונותיו וכ"כ ה' כרם שלמה סימן כ"ב (א"ה עי' עוד ב"ה שם בענין שכר טרחו) :

כ"ד דין מ"ח הגה ויש חולקי' וכולי מרן בשס"י קפ"ח כ' מי שהגיע לו היזק מחמת שליחות שולחו וכולי אין המשלח חייב לשלם לו נזקו וכ' השמ"ע אפשר לומר דבנזקי ממון כ"ע מודו דפטור המשלח משא"כ בנזק גופו פליגי עיין שם וכבר כתב בתשו' בשמי' ראש סימן קס"ג דפשוט דממונו ודאי לא תבע דאפילו נשאלו הבעלים שם הממון פטור גם על הממון עיין שם במגיה :

סימן קע"ז

א' דין א' אחד מן האחים וכולי דוקא כשלא חלקו אבל חלקו אפילו נפל מחמת האחים הוי לעצמו הרמ"ה בפ' מ"ש סימן ה' עיין שם וכן דעת רוב הפוסקים כמו שהאריך ה' תורת חסד סי' ר"ז עיין שם וע"י בהשמ"ע :

ב' הגה וי"א דוקא לאומנות המלך וכולי בתשו' ה' תורת חסד סי' ר"ז הוכיח דאין חי' והר"י הלוי יחיד בדבר עיין שם והאריך שם בכ"ד :

סימן קע"ח

א' דין א' אמר אני מוחל בשביל פ' וכו' אבל אם אמר לכבוד פ' מוחל משמע דלכבודו מוחל לכולם ומחלו לאמצע ה' המאירי בספר א"ז בפ' הגוזל בתרא עיין שם :

סימן קע"ט

א' דין א' דבר הידוע שהוא משל השותפין וכו' וכן כתב הרמ"ה בפרק חזקת הבתים סימן כ"ו וזה לשונו וש"מ דהא דקיימא לן דשותפין אין להם חזקה וכו' דוקא היכא דאיכא סהדי דשותפין נינהו ברש מדעם וכו' אבל היכא דליכא סהדי ולא ראיה כלל בשותפין דידהו אף על גב דמודה האי מחמת דשותפין הוו בגויה מעיקר' מיהו קא טעין חזרתי ולקחתיו ממנו נהימן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ומגו דא"ב אמר מעולם לא הו"ל וכולי עיין שם :

סימן קפ"א

א' דין א' ויטול כל א' שלו כת' השמ"ע אם הציל זה מה שהוא של אחרים ולא הציל את שלו נוטלים אותו אחרים מידו ושלו נפסד עיין שם וה"ד כשהציל מהאבידה עצמה אבל כשלא הציל דבר האבוד עצמו אלא דברים אחרים כתב מהרא"ש דהציל לעצמו ואינו מוכרח אלא דאם הציל דבר האבוד עצמו כל א' נוטל את שלו ואם לא הציל את שלו הוא נפסד אבל כשלא הציל דבר האבוד אלא דבר אחד חולקים לאמצע דכיון דהיו יכולים להציל הרי הם כאלו כלם הצילו הר' כנסת הגדולה עיין שם ומדברי ה' משפט לדק סימן ג' נראה דדוקא אם לא היו יכולים להציל אלא ע"י הדחק ואמר לעצמי אני מציל :

ב' דין ב' שותפין וכולי עיין בתשוב' הרשב"א ח"ג סי' שפ"ט :

ג' הגה אבל אם הציל יותר וכולי עיין בס' גו"ר ח"מ כלל ג' סימן א' :

ד' ואם אמר שאמר שהצילו לעצמו וכולי בעי' דוקא אמר אבל נהכוון ולא אמר אינו כלום דדברים שבלב אינם דברים מרן בבדק הבית וכן כתב מהרש"ל בפ' הגוזל בתרא סימן מ"ד עיין שם ודלא כהב"ח :

סימן קפ"ב

א' כת' הטור אסור להשתתף עם עע"ז שמא יתחייב לו שבוע' וישבע בשם ע"ז ואם עבר ונשתתף עמו ונתחייב לו שבו' רשב"ם כת' שא"י לו לקבל ור"ת כ' שמותר לו לקבלה כדי שלא יפסיד ממונו ולזה הסכים א"א הרא"ש ע"כ משמע דאפי' בזמן שהיו ע"ז אם כבר נשתתף עמו ונתחייב לו שבועה מותר לקבל שבועתו וכן מוכח בהדיא מדברי הרא"ש בפרק ד' מיתות ע"ש בב"י וכ' בתשו' בשמים ראש סימן רמ"ח וז"ל והא דלא אמרי' גבי מלוה טעמא שמא יתחייב לו שבועה לק"מ דהתם הישראל יודע בשקרו ואינו פוסקו לשבוע אלא כדי שימנע וישלם ואי לא משתבע בשקרא קא משתבע ואין זה מקיי' בשמא ואדרבה זילותא הוא וגבי שותפין הוא שאפשר שיתחייב לו שבועה בדבר המסופק לו וישבע באמת ולא ימנע עכ"ל מבוא' דס"ל דוקא שותפות אסור שמא יתחיי' לו שבו' בדבר המסופק לו וישבע באמת אבל להלוות לו מותר כיון שהישראל יודע בשקרו אם נשבע לשקר אין זה מקיימי' בשמ"ה ותוספו' בפרק הניזקי' גבי יתומים שאמרו גדולים וא"ל קטנים בין לשבועה וכו' שכ' וז"ל וא"ת לשבועה היכי משכחת לה בקטנים לר"א דאמר בפ' שום היתומים אין נזקקי' לנכסי יתומים אלא א"כ רבית אוכלת בהם וכולי ולר"ת דמפרש דדוקא שותפות אמרו חכמים דאסור לעשות עם הגוי שמא יתחייב לו שבועה אבל אם כבר נתחייב מותר לקבל הימנו כדי להציל מידו וכו' ניחא בשטר שיש בו רבית ובנכרי שקיבל עליו לדון בדיני ישראל אבל לפי' ר"ש דאסור לקבל הימנו שביעה מק"ו דשותפות ק' וי"ל דמיירי בגר תושב שקיבל עליו שלא לעבוד ע"ז וכולי עיין שם אפ' דה"ד לגבי יתומים דב"ד טועני' להם שמא אביהם פרע דאסור לקבל השבו' מהגוי בדבר המסופק דאפשר שנשבע באמת ולא ימנע אבל המלוה עצמו מותר לקבל שבועה מהגוי כיון שיודע בשקרו ונראה דאפילו גר תושב שקיבל עליו שלא לעבוד ע"ז אסור לעשות עמו שותפות אף על גב דלא נשבע בשם ע"ז ועיין במהרשד"ם חי"ד סי' ל"ג שהוכיח מדברי התוס' דסנהדרין דאסור לעשות שותפות עם גוי ישמעאל שאינו עובד ע"ז וכן נראה קצת מדכתב הרא"ש דר"ת הביא עוד ראיה מדאמרי בפרק בני העיר תיתי ליה דלא עבדי שותפות עם הגוי ומאי רבותיה וכולי אימא דהיינו רבותיה דאפילו עם גוי שאינו עובד ע"ז וכגון גר תושב לא עשה שותפות עמו וכן א"ל דהא דאמרינן בפ' א"נ דמלוה ברבית שמא ילמוד ממעשיו היינו אפי' גוי שאינו עובד ע"ז כגר תושב דליכא חשש שבו' אסור מה"ט שמא ילמוד ממעשיו אבל מדברי התוס' בגיטין מבואר דרשב"ם דסבירא

דסבירא ליה דאסור לקבל ממנו השבועה מק"ו דשותפות מודה בגר תושב שקבל עליו שלא לעבוד ע"ז אם כן גר תושב מותר לעשות עמו שותפות כיון דלא נשבע בשם ע"ז אבל הרשב"א בתשו' ח"ד סי' קס"ה כ' וז"ל שמעון לוה מנה מגוי ומכרו הגוי לראובן ובשבא ראובן ליפרע משמעון וכו' יבא הגוי וישבע לי שלא פרעתיו ואם הגוי רוצה לישבע לית דין ולית דיין שיתחייב שמעון לפרוע לראובן ואין בכך משום לא ישמע על פיך בגוים הללו וכו' עיין שם באורך נראה דסבירא ליה דגוי עובד ע"ז אסור להלוותו ואסור להשביעו אפילו יודע בשקרו משום לא ישמע על פיך :

ב' דין ב'

עבר השליח ע"ד המשלחו וכו' יש להסתפק אם השליח אמר שלא עבר ע"ד אם המקח קיים ולא נאמן למשלח כדבורו אלא כשהשליח אינו מכחישו אבל אם מכחישו אינו נאמן א"ד שליח נוגע בעדות כי היכי דלא ליהוי למשלח עליו תרעומת שעבר ע"ד המשלחו ולא עשה שליחותו ומסתבר' דאין השליח נאמן ושוב מצאתי כן להסמ"ע סי' קפ"ה וכו' הכנה"ג אות מ"ח עיין שם ול' הרמב"ם בפ"ב מהל' שלוחין ומרן סימן קפ"ה מוכח בהדיא כן דאם הלוקח ידע שהוא של המשלח אפי' הסרסור מכחיש יחזירו לבעלים וכ' הראב"ד ולא עוד אלא אפילו הסרסור מודה יאמר הלוקח קנויה אתם עושים עלי אלמא לדעת הרמב"ם אפי' הסרסור מכחיש נאמן המשלח וכן כתב מרן בהדיא בכ"מ ובב"י שם וכן כתב מהרשד"ם סימן ע"ז דהמשלח נאמן בלא ראיה ועדים עיי"ש מיהו נ"ל דהתם משום דהסרסור בשכר הוי נוגע בעדות אבל שליח שאינו נוטל שכר לא חשיב נוגע בעדות מפני תרעומת בעלמא וגר' שזה תלוי במחלוקת שכת' הב"י בסימן ל"ז דהטור סבירא ליה דפסול להעיד משום חשש תרעומת וכן פסק הרדב"ז ח"ב סימן שפ"א והרב פני משה ח"ב סימן ת"ח עיין שם אבל הב"ח והש"ך סימן ל"ז ס"ק כ"ה הסכימו דאינו נפסל לעדות בכך כתי' קמא דהתו' וכן פסק הג"א מא"ז עיין שם וכ"כ מהרימ"ט חח"מ סי' פ' דתי' א' עיקר והוכיח כן מדברי התוספות בכתובות דף ל"ב עיין שם ועיין בהמח"א ה' עדות סימן ה' ואם כן הכא נמי לא נפסל לשליח לעדות משום חשש תרעומת ואפשר דגם החולקים שם לא פסלו אלא בחשש תרעומת דלא יהיה לוה רשע ולא ישלם אבל הכא לא נפסל משו' חשש תרעומת שעבר ע"ד המשלחו ולא עשה שליחותו וכן ראיתי למהריט"ץ סימן רפ"ו שחי' כן דהסרסור שנוטל שכר הוי נוגע בעדות אבל הכא אם השליח מכחיש הו"ל עד אחד ונשבע המשלח להכחיש העד ונוטל שלו עש"ב אבל מדברי מהרשד"ם סימן ע"ז משמע דאין חי' כאן לסרסור מיהו אפשר דלמ"ד דפסול להעיד משום חשש תרעומת הכא נמי יש תרעומת שעבר ע"ד משלחו ושו"ר להכנה"ג בתשו' בס' בעי חיי חלק שני סימן ח' שכתב בענין זה שתלוי במחלוק' זו כמ"ש עש"ב ועי' במהרשד"ם סי' ס"ו דאין עדות כלום משו' דהב"ח יש לו עליו תרעו' וכו' הרמב"ם והטור דאם יש לעד שום צד הנאה אפילו בדרך רחוקה וכולי לא יעיד וכן כתב הטור בסימן מ"ו ג' שישבו לקיים השטר וקרא ערער על אחד מהם וכו' משחתמו ילא הערעור אין יכולים להעיד עליו להכשירו שהם נוגעים בעדות שגנאי הוא להם שחתמו עם פסולי עדות ואם כדבר קל כזה פוסלים לעדות כל שכן בכ"ד דודאי הסופר הוי נוגע בעדות ולא מהני עדותו כלל ע"ש :

ב' דין ג'

טעה וכולי אם הוא דבר שאין לו ערך ידוע ולא הזכירו לו הסכום שימכור בו רק אמ"ל מכור לי חפץ סתם והלך השליח ומכרו כדרך המוכרים שהראה לתגרים ועכ"ז נתאנה אין למשלח על השליח כלום דהוה ליה להודיעו ערך חפץ זה כך וכך ואין לו עליו רק חרס סתם שלא פשע ולא לקח לעצמו דבר ואם טוענן ודאי שפש' או לקח ישב' היסת מהר"ש דוראן סימן יו"ד עיין שם :

ג' דין ד'

יש מי שאומר וכו' והמוליא מחבירו עליו הראיה משמע בהדיא דהיינו דוקא שהיה המשלח מוליא עליו הראיה אבל להפך לא ה' כנה"ג בס' בעי חיי סימן כ"ז עיין שם וכן כתב מהרא"ד"ב בס' לחם רב סימן נ"ג וה' נתיבות משפט דף כ"ד עיין שם ומ"ש ה' כ"מ שם דלא אמר הרמ"ה אלא דוקא בשליח שקנה ביותר דיכול המוכר לטעון דילמא הלוקח היה לריך הרב' לאותו דבר ולזה עשאו שליח אפילו שיקנה ביוקר אבל בעובדא דפרק ג"פ דזבין שלא באחריות וכו' מודה דלא שדי איניש זוזי בכדי וכו' עיין שם ודברי הרמ"ה הם בפ' ג"פ סימן ל"א בההיא דזבין שלא באחריות וכו' עיין שם ומה שהוכיח ה' כ"מ דהראב"ד ושאר פוסקים שהק' שם למה מחייבים לשליח ולא נאמר דהמקח בטל כדקיימ' לן שליח שטעה שליחותו בטל וכו' לא סבירא ליה כהרמ"ה דאם כן מאי קו' אימא דהתם מיירי היתר יכול לברר שא"ל לקנות סתם ואם כן מוכר יכול לומ' שעשאו שליח בפי' לקנות שלא באחריות וכן דעת מהרי"ק בס' הקלר יוכיח שכ' ס' הרמ"ה יש מי שאומר עיי"ש ליתא דהתם א"ל לקנות סתם השליח חייב כמבואר בדברי הרמ"ה שם ומרן שכתב יש מי שאומר לא משום דאיכא פלוגת' אלא שכן דרכו בדין שלא הוזכר בשאר הפוסקים בהדיא וכהאי גוונא כ' הסמ"ע סימן ל"ה סק"י והאחרונים ע"ש באורך וכבר האריך הרב שער יוסף בתשובו' סי' ו' בענין ב' עיין שם :

ד' יש מי

שאומר וכו' ה' כנה"ג בתשו' סימן כ"ז דרבותא לא סבירא להו הכי דגרסינן בפרק ג"פ ההיא איתתא דיהבה זוזי להאי גברא למזבן לה ארעא וכו' וק' ליה דאמאי לא בטל המקח וכו' ואי סבירא ליה כהרמ"ה יתרלו דהכא מיירי באין יכול' לברר שלא עשאתו שליח בין לתקן בין לעוות עש"ב ולדברי ה' ש"ך שכתב דהיינו דוקא בהונאה דלא הוי ביטול מקח דאמרינן מסתמא התנה עמו שיהא שלוחו בין לתקן בין לעוות אבל בשוה מנה בדינר מסתמא אינו שופטני שיקב' אפילו יעוות הרבה ע"ש ניחא דהא קיימא לן דבאחריות מסתמא לא אמרינן שהתנה דקיי"ל אחריות טעות סופר מה"ט דלא שדי איניש זוזי בכדי אבל ראיתי למהרח"ש חלק שני סימן כ"ז במורשה שמחל שכ' ומסתברא לי דאם לא יוכל להתברר כיון שרגילים לכתוב בכל ההרשאו' בין לתקן בין לעוות ומחילתו דמחל יכול הנתבע לו' שהתנה עמו כך דלא גרע ממה שכתב הטור בשם הרמ"ה בלי שום חולק גבי שליח וכו' מיהו אפשר לומר דהרמ"ה לא אמר אלא במקח וממכר משום דבמשא ומתן עשוי להיות טעות למכור ולהקנות ביוקר ובזול אבל שליח לגבות חוב אינו עשוי למחול ע"ש נראה דסבירא ליה דבמשא ומתן אין חילוק בין אונאה לטעות לגמרי והרמ"ה בפרק ג"פ סימן ל"א כתב וז"ל והני מילי בדינא דשליח בהדי דבעל הבית דשוייה שליח אבל בדינא דבעל הבית בהדי מוכר דבעי מריה זוזי לבעל זביני דאי איתברר בסהדי או בהודא' המוכר דבעל הבית שדריה להאי שליח למיזבן ליה האי ארעא סתמא בזוזי דיהב ליה לשליח ולא איתני עלה בין לתקוני בין לעוותי ואזל שליח וזבן ליה שלא באחריו' בטילי זביני

זביני מ"ד אהיכא שויה שליח לזבוני וטעה דהדרי זביני ואי לא איתברר היכי שויה שליח המוציא מחבירו עליו הראיה עכ"ל הרי דסבירא ליה כדעת הראב"ד פרק א' מהלכות שלוחין דאם רוצה המשלח במקח חייב השליח לתקן אבל אם לא רצה המשלח במקח אם נתברר בעדים או בהודאת המוכר דלא התנ' המשלח בין לתקן בין לעוות בעל המקח ואם לא נתברר המוציא מחבירו עליו הראיה ואם כן משמע דאם לא נתברר אמרינן שהתנה אפי' יעוו' הרבה דלא גרע מאחריות ודלא כהש"ך :

ה' דין ו' וחוזר ומוכר למשלח באחריות וכו' כ' הרמ"ה

בפרק גט פשוט סימן נ"א וז"ל ומסתברא דאי אמר ליה שליח לבעל הבית אי ניחא לך במאי דזבני' לך שלא באחריות לחיי ואי לא זבנה לי שלא באחריות ושקול זוזך דאנא בעינא לה הדין עמו דהא לית לי' פסיד' לבעל הבית כלל דתקנה לבולחים עי"ש וכן כ' הרשב"א חלק שני סימן רכ"ה וזה לשונו שאין השליח לקנות ולמכור בעל כרחו דבמה נתחייב בזה לקנות ולמכור אלא כך הלעה של שמועה שהאשה עשאתו שליח לקנות ונתנה לו מעות והוא קנה שלא באחריות והיא תובעת ממנו מעותיה שהרי עוות שליחותו ואפ"ל שהדין עמה ואם ירצה ליפטר מתשלומין יקנה הוא בלא אחריו' וכולי וימכור לה באחריות או יחזיר לה מעותיה ואף על פי שנראה מדברי הר"מ שמחייבים את הלוקח לכתוב לבן המצר את האחריות אינו מחוור בעיני וכן קבלתי מרבותי נ"ע וכו' עיין שם הרי דסביר"ל דאין השליח חייב לקנו' ולמכור וכן כתב הרמב"ן הובא בספר א"ז לכתובות פ' אלמנה ניזונת עיין שם מיהו הרשב"א כתב דנר' מדברי הר"מ דחייב הלוקח לכתוב לבן המצר את האחריות אם כן כל שכן שליח דחייב למכור למוכר באחריות וכן כת' מרן הב"י :

ו' וקנה לו שלא באחריות וכו' כתב ר' האיי בספר

המקח שער ו' דף ט"ו וז"ל הדין הוא דשליח הזה יש עליו מן הדין שיחזור מעשה מקחו וממכרו שלא יהא שום ערעור דבר שאם יצא על המקח שלקח לשולחו שום ערעור אחריות על השליח כגון שאם לקח שדה ושכח ולא קבל המוכ' אחריות על השדה והרי פשיע' מן השליח ויש מ"ה שיקבל השליח לשולחו אחריות על עצמו כדגרסי' וכולי ואף על פי שלא פירש השולח הזה לשליח כל מה שהוא צריך להזהירו באותו מעשה שהוליך עליו אין יכול השליח לטוענו ולומר אתה לא פי' לי דאעפ"כ היה לו לשליח להזהר כדגרסי' לענין שלומי שליח מאי אמר רב אשי אי א"ל הב זוזי ושקול ארעא לא משלם וכולי ולא היא בין כך ובין כך משלם דמצי א"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי עכ"ל ונראה דס"ל דהא דאמרי' אחריות ט"ס ה"ד כשהתנה כמ"ש הנ"י בפרק גט פשוט והש"ך בסימן ע"ל סקי"ו וכן כתב הרמב"ן בחי' בפרק הספינה גבי חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה שיש מי שר"ל אחריו' ט"ס ולא טעות מוכר ודחה ס' זו ומסיק דאפילו לא התנה המוכר אמרי' ט"ס הוא מטעם דלא שדי איניש זוזי בכדי וכן כתב הריב"ש בסימן ספ"ב וז"ל והא דאמרי' אחריו' ט"ס הוא לא שאנו תולים שטעה הסופר אלא אף אם ידענו בבירור שלא התנה באחריות הרי הוא כאלו התנה עליו משום דלא שדי איניש זוזי בכדי עכ"ל ומוכח ג"כ בהדיא מדברי התוס' ר"פ אע"פ וכן משמע בהדיא מדברי הרמב"ם פי"ט מה' מכירה והטור ומרן ריש סי' רכ"ה עיין שם ולכאו' זו דעת בעה"ת ריש שמ"ז וז"ל דבמוכר שדהו בעדים בעי' שיקבל עליו אחריות ולא אמרי' ט"ס כיון שלא כ' שטר עיין שם וכן כתב הראב"ד הובא בס' א"ז לבתרא בפרק הספינה וז"ל דכי אמרי' המוכר שדהו בעדים וכו' משמע בהדיא דוקא בקיבל עליו אחריות בפי' וכו' ע"ש וכן הרשב"א בחי' לקידושין דף כ"ז דחה דברי הראב"ד והסכים בין בשטר בין בע"פ אחריות ט"ס הוא עיין שם ולכאורה נראה דרב האי ס"ל הכי דהא לא כ' שטר מדא"ל זיל זבנה מניה וכו' ופירשב"ם כתוב השטר בשמך וכולי עיין שם וזה ששכח ולא קיבל אחריות לא אמרינן ט"ס משמע בסתם שלא קיבל המוכר אחריות לא אמרינן ט"ס ולכאורה נראה דס"ל כמ"ש הנ"י בפ' גט פשוט הביאו מרן הב"י בסימן ע"ל דהא דקיימא לן אחריות ט"ס היינו כשהתנה ולא כתב וכולי ואף שכתב הנ"י בפרק קמא דמליעא הביאו מרן הב"י סימן רכ"ה וז"ל אחריות ט"ס וכו' אפילו מוכר שדהו בעדים דקי"ל גובה מנכסים משועבדים אף על פי שלא פירש אחריות גובה והרב כנסת הגדולה בסימן ע"ל כתב דל"ל דה"ד המוכר שדהו דכל שלוקח קרק' אינו לוקח בלא אחריות ובודאי מסתמא כשמכר שדהו בעדים באחריות נמכר אבל בשטר הלואה כל שלא כ' השטר ולא הקנה בפי' אחריו' לאו ט"ס עיין שם אלמא מסתמא הלוקח קרקע ודאי באחריות אבל הרשב"א והריטב"א בחי' למליעא דף י"ד כת' וז"ל י"מ שטעה הסופר ולא כתבו אבל הוזכרו אחריות בשעת הלואה ושעת המקח וטעותו הוא פי' זה וכולי וכן כתב הרשב"א שם ומ"ש ר' האיי ואף על פי שלא פי' השולח וכולי אעפ"כ הי"ל לשליח להזהר כדגרסינן לענין שלומי לשליח וכו' נראה לכאורה שזה תלוי במחלוקת שכ' מרן בב"י סי' קפ"ה בנותן כלי לסרסור למשכנס לו שכ' הנ"י בשם הרי"ף בתשו' דאפילו משכנתא אלל פ' וכפר בו פשיעותא הוי דהו"ל למשכנס אללו בעדים והרשב"א והר"ן ס"ל דלא הוי פשיעה עיין שם וגר' דר' האי ס"ל כהרי"ף דהכא נמי אפילו לא אמר ליה הוי פשיעה דהי"ל לקנות באחריות והכנה"ג שם הגב"י אות י"ג תמה על הרי"ף שחייבו מטעם דהי"ל למשכנו בעדי' שהרי במעשה דאבימי וכו' כתב הרי"ף דאי ליכא שטר ולא א"ל פרעיה בסהדי לא מחייב לפרוע בסהדי דלא עביד לחזור ולתבוע אחר שנתפרע כיון שבא להוציא מא"כ במשכון דלא בא להוציא אלא להחזיק במשכון עכ"ל ולא ראה הנ"י בפרק המפקיד וז"ל ואף על גב דגבי פירעון וכו' שאני כשאמר לו שיפרע לפ' בשבילו אפשר מכירו ומאמינו בו אבל הכא דלוה סתם אמר וכולי עיין שם ומ"מ לכ"ע שליח שקנו שלא באחריות אפילו לא א"ל המשלח פשיעה היא דהי"ל ליזהר לקנות באחריות דומיא דמשכון מיהו ראיית ר' האי ממעשה דאבימי לא מכרעא דהתם שאני דא"ל ליקח השטר אבל אם לא הזכירו לו השטר ולא א"ל שיתן בפני עדי' פטור השליח כמבואר בסימן נ"ח עיין שם ואם כן הכא דלא הזכירו לו כלום מנ"ל דחייב השליח וגר' דס"ל לרב האי כמ"ש הרשב"א והריטב"א בתשו' הביאם מרן הב"י סימן פ"ג על ראובן שקיבל מעות משמעון ומלא בהם רעות וא"ל ללוי תן מעות אלו לשמעון שיחליפם לי נטלם שמעון ותפס בהם בשבילו שה"ה לו אלל ראובן והשיב דודאי יכול לתפוס בהם אם אין שם עדים מגו דיכול לומר להד"מ וכו' ולענין שלומי שליח מפני שלא נתנ' בעדי' מסתב' דלא מחייב דהתם הוא בשט"ח שכן דרך לקבל השטר אבל בזה לא הי"ל לתת בעדי' שאין דרך בני אדם לעשו' כן עכ"ל משמע דאפי' לא א"ל ליקח השטר חיי' השליח משום שכן דרך לקבל השטר אבל אין דרך ליתן המעו' בעדים ואם כן הכא נמי דרך לקנות באחריות דלא שדי אינים

אינים זוזי בכדי דאפילו לא א"ל המשלח מקרי פשיעה ויליף לה מההיא דאבימי דחייב השליח אפי' לא א"ל ליקח השטר מה"ט שכן דרך לקבל השטר והגד"ת תמה על הריטב"א שהוא הפך הרי"ף והרמב"ם ולא יתכן שיחלוק עליהם וכ"ש דא"א לומר כן דהראיה דחנוני היא מכרחת עיין שם ולפי מ"ש הרי מצינו לגאון ר' האי דקאי כותיה וראיה דחנוני ליתא דהתם משום דאין דרך ליתן המעות בעדים והרב כנסת הגדולה בסי' נ"ח ריש הגב"י נדחק לפ' דברי הריטב"א כדעת הפוסקי' דאינו חיי' אלא כדא"ל ליקח וז"ש דהתם בשט"ח דרך לקבל השטר כשהזכירו השטר אבל אין דרך ליתן בעדים עיין שם באורך וכן י"ל כן דרב האי מדמה קבלת אחריות דדרך לעשות כן להתם דדרך לקבל השטר כשהזכירו לו השטר ואם כן אפשר דרב האי ס"ל כהרשב"א והר"ן במשכון דדוקא גבי אחריות קאמר אבל למשכן בעדים אין דרך לעשות כן (עכ"מ):

ז' הגה וי"א דוקא וכולי זה דעת הרא"ש והרשב"א הביאה הב"י עיין שם וכן כתב הרמ"ה בפ' גט פשוט סימן ל"א וזה לשונו ומסתברא דאי א"ל שליח לבע"ה אי ניחא לך במאי דזבין לך שלא באחריות לחיי ואי לא זבנא ליה שלא באחריות ושקול זוזך והנא בעינא לה הדין עמו וכולי וה"מ בדינא דשליח בגדיה דבע"ה דשויה שליח אבל בדינא דבע"ה בהדי מוכר היכא דבעי מרי זוזי לבטולי זביני דאי איתברר בסהדי או בהודאת המוכר דבע"ה שדריה להאי שליח למזבן ליה האי ארעא סתמא בזוזי דיהב ליה לשליח ולא אתני עליה בין לתקוני בין לעוותי ואזל שליח וזבן ליה שלא באחריות בטלי זביני מ"ד אהיכא דשויה שליח לזבוני וטעה דהדרי זביני ואם לא איתברר היכי שויה שליח הממע"ה עכ"ל:

סימן קפ"ג

א' דין ג' שליח וכו' כתב הרשב"ן בס' יבין שמועה דף י"ג ע"ד וז"ל ואחר שקנו הבהמה אם אמר לו שקנאה בשבילו ואחר כך חזר בו ואמר שלא קנאו בשבילו נראה שאינו נאמן שכיון שהודה שבשליחותיה קנאה הודאתו הודאה דחזקת שליח עושה שליחותו וכולי ואם יש ביניהם הכחשה זה אומר לא אמר לו כלום ולא קניתיה בשבילך וזה אומר אני א"ל שתקנה לי וכן אמרת לי שבשבילי קניתיה או אם יש ביניהם טענה בשך הבהמ' זה אומר בכך קניתיה וזה אומר לא כי אלא בכך ואם יש עדים ביניהם כדבריהם ואם יש עד א' אשר בעדותו יתחייב שכנגדו ישבע המכחישו שבו' התורה ואם לא רצה ליגב' נאמן שכנגדו בלא שבו' ויטול ואם אין שם אפילו עד אחד אם הטוען טוען טענת ברייא ישב' הכופר שבו' היסת ויפטר ואם עד אחד מעיד כדבריו פטור בלא שבו' לפי שעד אחד פוטר משבו' היסת כהסכמת כל המפרשי' וכו' עיין שם ונראה דסבירא ליה דאם יש ע"א שבעדותו יתחייב שכנגדו אפילו זה הטוען אינו טוען ברייא אלא על פי העד ישב' שכנגדו שבו' דאורייתא להכחיש העד כדעת רוב הפוסקים וכמו שפסק מרן בס' ע"ה סכ"ג עיין שם אבל אם אין שם עד אחד מסייע לתובע דוקא אם הטוען טוען ברייא ישב' הכופר שבו' היסת ואם יש ע"א מסייע לנתבע פוטרו משבו' היסת ומשמע דברישא דיש עד א' מסייע לתובע לעולם ישב' שכנגדו שבועה דאורייתא אפי' יש עד אחד מסייעו אינו פוטרו ועמ"ש בסימן פ"ז אבל מ"ש הרב דאם הודה שקנה בשבילו ואחר כך חזר ואמר שלא קנה בשבילו נאמן דחזקת שליח עושה שליחותו וכו' בתשוב' המיימוני לסדר קנין סימן כ"ג כתב בשם הר"א דלענין ממון לא אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו וכ"כ מהר"ם בתשובות הקלרות סימן כ"ו דלא אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו אלא באיסורא שלא יהא המשלח חוטא שסומך עליו אבל בממון לא עיין שם וגם בעה"ת ש"ג ח"ג סימן ו' והטור סימן קכ"ב בשם בעל העיטור שכ' גבי שליח דלא חיישינן שמא המשלח חזר בו דמסתמא אמרינן כי היכי דחזקת שליח עושה שליחותו ה"נ אמרי' חזקת בעל הבית מעמידו בשליחותו עיין שם כבר כתב מהרשד"ם סימן קכ"ב אפשר דהיינו דוק' התם שבא המלוה להוציא מיד הלוה מהניא חזקה זו להחזיק אבל להוציא ממון לא עיין שם וכן מהרב"א בתשו' סימן כ"ט הביא תשו' מהר"ם דסבירא ליה דאמרינן חזקת שליח עושה שליחותו בממון לחומרא אבל לקולא לא נוציא ממון בחזקה זו עיין שם ואם כן הכא נמי בשליח שאמר שלא קנאו בשביל המשלח לא נוציא מידו מכח חזקת שליח עושה שליחותו:

ב' הגה מיהו אם אמר השליח בפני עדים וכו' ה' מח"א בהלכות שלוחין סימן י"ט כ' שכ"כ דעת הרמ"ה שהביא הטו' בסי' קפ"ד דמסתמא שליחותיה דמשלח עביד ואינו נאמן לומר לעצמי קניתיה וכן כתב הטור סי' רס"ע לענין מציאה אבל מדברי הרשב"א חלק שני סימן פ"ז נר' דדוקא בפועל הוא דאינו יכול לומר שחזר בו כיון דשכירו הוא ידו כיד בעל הבית אבל שליח יכול לומר חזרתי ולעצמי לקחתיה וכ"כ מתשוב' שהביא הב"י סימן זה בדין מה שנהגו בעלי החנויות ונר' דגם הרמ"ה לא אמר דאינו נאמן אלא כשהודה לו תחלה לקנות' לחבירו דכיון שהודה לו מסתמא שליחותיה עבד דשארית ישראל לא יעשו עולה וכולי אבל אם לא הודה לו אלא שתק שתיקה לאו כהודאה ודפרק הגוזל דמיירי שהודה לו תחלה ואפ"ה נאמן התם שאני משום דמיירי באינס יכולים להציל ולכך אינו ולהכי כי לא הוי שכירו יכול לומר חזרתי והצלתי לעצמי שאינו מחוייב זה למסו' עצמו בעד חבירו דליכא משום שארית ישראל וכו' עיין שם באורך ותמהני עליו שלא זכר מ"ש הרמב"ם בפ"ז מהלכות מכירה הורו מקצת המורים שאם קנה לעצמו וכו' מקבלי' ממנו כשאמר זקפן עליו אותם המעות במלוה וכו' וכתב המ"מ וז"ל הפריזו על המדה במ"ש שהוא נאמן בדבורו הקל דודאי כשיש עדים וכו' שאמר בפניהם שחוזר בו משליחותו קונה באותם מעות לעצמו הא סתמא אינו נאמן וכן כתב הרשב"א וזה ודאי מוכרח דבסתמא אינו נאמן והובא בב"י סימן זה עיין שם הכי דהמורים סב"ל דנאמן לומר זקפו עליו במלוה ולקחו לעצמו אבל הרשב"א והמ"מ ס"ל דאינו יכול לומר לעצמי חזרתי ולקחתיה:

ג' דין ד' ואע"פ שחזר שמטון וכו' אינו נאמן כת' הרב מח"א בהלכות שלוחי' סי' י"ט אבל מדברי הרשב"א בתשו' חלק שני סי' פ"ז שכ' אלא ודאי פועל אף על פי שיכול לחזור בו כל כמה דלא חזר בפני עדים סתמא ע"ד תנאי הא' הוא עושה כדמוכח בפרק הגוזל גבי שיירא ההולכת במדבר ועמד א' והציל דהציל לבע"ה דאיירי בפועל דיד פועל כיד בע"ה נר' דדוקא פועל אינו נאמן לומר חזרתי ולקחתיה לעצמי משו' דשכירו הוא וידו כיד בעל הבית וכתמא ע"ד תנאי הא' עושה אבל שליח נאמן לומר חזרתי ול קחתי' לעצמי ע"ש ולכאו' נראה דאף על גב דהרשב"א סבירא ליה דשליח שקנה במעות המשלח אינו נאמן לומר שזקף עליו במלוה וקנה לעצמו

לעצמו כמ"ש המ"מ בפ"ז מהלכות מכירה בשמו עיין שם ה"ד התם אין להאמינו ששלח יד במעו' חבירו דהוי כגזל אבל בס' אסיפת זקנים בפרק הגוזל כת' הרשב"א וז"ל מיהו דוקא כשיש עדים שאמר בפניהם ששלח יד לעצמו או שאמר שחוזר בו משליחותו וקונה באותם מעות לעצמו הא בסתמא אינו נאמן וכדאמרי' בפרק הגוזל גבי שיירא וכו' שותף חולק שלא לדעת חבירו אמר פליג וכולי עיין שם הרי דס"ל דבשותפי' אינו נאמן לומר שהציל לעצמו בלא עדים ומדמה להו לשליח דאינו נאמן לומר שחזר משליחותו ועיין בתשו' מהר"ש אלשיך סימן קי"ז שכתב דנקטי' כהרמב"ם :

ה' דין ו' וחולק התוספ' השליח וכולי והרי"ף ובעל העיטור והרא"ש כת' הטעם הואיל ובאה הנאה לשליח ע"י בע"ה חולק וכ' הר"ן דאפי' נתן המוכר לשליח בפי' כיון שבאה הנאה לשליח ע"י בע"ה חולק עמו אבל רש"י כתב הטעם משום דיש להסתפק למי נתן למשלח או לשליח מ"ה חולקים וכתב הרשב"א שטעם יפה הוא וזה דעת מור"ם מיהו אם אמר המוכר וכו' והסמ"ע והסמ"ז כ' דנר' עיקר כהרי"ף והרא"ש ובעל העיטור וכן סובר ר"י והמרדכי והגמ"י והו"ל רש"י יחיד לגביהו עיין שם ולא דק דגם רב האי גאון בס' המקח שער ו' כ' וז"ל וטעם הדבר שיש לו קצבה לפי שכל דבר שדמיו קצובין כשמוסיף עליו הלוקח י"ל מרצון נפשו הוסיף וכאלו נתנו בפ"ע לשליח או י"ל שלא הוסיף אלא מחמת שלקח ממנו זה החפץ ונמצא של בעל המעות הוא וע"ז חולקי' עכ"ל והרשב"א במיוחסות סימן ס' הביאו דטעם הגאון ורש"י יפה והובא בב"י עיין שם וכן כת' הריטב"א בפ' אלמנה כפירש"י עיין שם ואם כן אם נתנו בפי' לשליח כולו לשליח ועיין בהכנה"ג הגב"י אות ס"ג וכן פסק הכא דאין מוציאין מיד המוחזק עיין שם מיהו כבר כתב מרן הב"י בהקדמתו דג' עמודי ההוראה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ומקום ששנים מהם מסכימים לדעת א' הלכה כותיהו עיין שם כ"ש הכא דר"י ובעל העיטור והמרדכי והגמ"י ס"ל כהרי"ף והרא"ש וכן כתב הרשב"א בתשו' חלק א' סימן תרמ"ג ובחלק ג' סוף הספר ה"ט שבאה הנאה ליד השליח ע"י בע"ה עיין שם וכת' מרן הכ"מ פ"א מהלכות שלוחי' שכן נוטה דעת הרמב"ם וכתב ה' בית יהודה חלק שני סימן כ"א וגר' שדקדק כן מדכת' חולק השליח עם בעל המעות משמע שהשליח עיקר דמן הדין הכל לשליח והוא יתן חלק לבעל המעות דאל"כ הול"ל בהפך חולק בעל המעות עם השליח ע"ש וליתא שהרי כ' הגמ"י פרק שלישי מה' ת"ת וז"ל יפה תלמוד עם דרך ארץ פי' ר"ת דרך ארץ עיקר כדאמרינן בפ' החולץ דף ל"ח מדקתני יחלוקו יורשי הבעל עם יורשי האב ש"מ יורשי האב עיקר וכולי אבל רבי' אלחנן או' דאדרבה עיקר היא התורה וכולי ודיוקא דהחולץ ליתא דלא דייק התם אלא ממשנה יתירה דקתני יחלוקו יורשי הבעל וכו' ולא יחלוקו סתמא וכולי עיין שם הרי דר"ת דסבירא ליה דל' עם עיקר ובת"י סוף יומא כ' דהתם דייק דהול"ל יחלוקו יורשי הבעל ויורשי האב ועם יתור ל' לדקדק כן אבל דתני יפה ת"ת עם דרך ארץ אין זה יתור דלא הו"ל לשנות יפה תלמוד תורה ודרך ארץ דהוו משמע או זה או זה קאמר עכ"ל הרי דס"ל דכשהוא מיותר עם עיקר וה' ברכי יוסף א"ח סימן קנ"ג כת' מחלוקת זו עיין שם באורך ואם כן אפשר דהרמב"ם הכי סובר ואם היה אומר חולק בעל המעות עם השליח משמע השליח עיקר ולכך קאמר חולק השליח עם בעל המעות דס"ד דהכל לבע"ה כמו שסיים דאם היה דבר שאין קצבה הכל לבעל המעות לזה קאמר דהכא חולק השליח עם בעל הבית ונראה דמ"ש מרן דנוטה דעת הרמב"ם כהרי"ף והוא מדכ' סתם חולק השליח עם בעל הבית משמע אפי' נתן המוכר לשליח בפי' דאי כפרש"י אם נתן לשליח בפי' הכל לשליח וכן לר' האי בס' המקח :

ו' דין ז' הכל לשליח וכו' דאפי' לדעת הרי"ף שהטעם שחולקים משום דבאה לו הנאה ע"י בע"ה אפשר דהכא הכל לשליח מרן בב"י עיין שם אבל בכ"מ כ' דלדעת' ה"נ חולקי' והלח"מ כת' דנ"ל עיקר כמ"ש בב"י דבפ' אלמנה משמע דר"י סבירא ליה כטעם הרי"ף ואפ"ה ס"ל דהכל לשליח וכ"כ בתשו' סי' קכ"ד וכן הרא"ש סבירא ליה כטעם הרי"ף ואפ"ה ס"ל דהכל לשליח ואני מוסיף דהרי הרשב"א סימן תרע"א ס"ל כטעם הרי"ף ואפ"ה ס"ל דהכל לשליח הכנה"ג עיין שם וכן מצאתי להרשב"א בתשו' חלק שלישי בסוף הספר שכתב וז"ל ואינו דומה לאותה וכולי דהתם שאני שמוסיף לו מדעתו ולפיכך בדבר שיש לו קצבה חולק השליח עם בעל המעות שהיה מן הדין שיהא הכל לשליח כיון שהוסיף מדעתו אלא מפני שבאה לו הנאה ע"י בעל המעות חולק עמו אבל כאן שהיה בטעות הכל לשליח כמ"ש עכ"ל הרי בהדיא דס"ל כטעם הרי"ף ואפ"ה בטעות הכל לשליח וכ"נ מדברי הסמ"ג שכ' מחלוקת ר"ת ור"י ושכן פסק רבי' שמואל לפני רש"י כר"י עיין שם משמע דס"ל כר"י ורשב"ם שכ' באחרונה וכת' שם כל' הרמב"ם דמשמע דס"ל כטעם הרי"ף כמ"ש מרן הכ"מ עיין שם וכן מרן בש"ע כ' ל' הרמב"ם דמשמע דס"ל כטעם הרי"ף ופסק הכא דהכל לשליח:

ז' הכל לשליח וכו' זה דעת ר"י וכתב הרא"ש שכן נראה עיקר וכן כתב הרשב"א בסי' תרע"א ובח"ג סוף הספר עיין שם וכיון שהרשב"א והרא"ש מסכימים לדברי ר"י הכי נקיטינן מרן בבד"ה עיין שם וכן הסמ"ג עשין פ"ב הביא דברי ר"י באחרונה ושכן פסק ר' שמואל לפני רש"י עיין שם וכן כתב המרדכי בפרק אלמנה ניזונת וכתב מרן הב"י דגם הרי"ף שכת' הטעם שחולקים דבאה לו הנאה ע"י בע"ה אפשר דהכא הכל לשליח עיין שם וכן מוכח בהדיא דהרא"ש והרשב"א בתשו' ס"ל כטעם הרי"ף ואפ"ה ס"ל דהכל לשליח וכן הסכימו האחרונים ודלא כמרן בכ"מ עיין שם וכן דעת הסמ"ג הביא כל' הרמב"ם דנראה דעתו נוטה כהרי"ף כמ"ש מרן הכ"מ ואפ"ה ס"ל כדעת ר"י ורשב"ם דהכל לשליח וכן מרן בש"ע העתיק לשון הרמב"ם ופסק כר"י הכא דהכל לשליח והרשב"א בתשו' סימן תרע"א ובסוף חלק שלישי כ' החי' דשאני התם שהוסיף לו מדעתו אבל כאן שהיה בטעות הכל לשליח עיין שם ואם כן נראה דאין חי' בין טעות ממון לטעו' במקח שהוסיף לו בטעות ועי' בתשו' ה' בית יהודה חלק שני סי' כ"א :

סימן קפ"ד

א' דין ג' הגה לא יוכל לחזור בו וכו' אשה שקנתה קרקע בלא רשות בעלה ואח"ך מכרה אותו כ' ה' פרח מטה אהרן סימן ל' אע"ג דאין קנין לאשה בלא בעלה לא אמרינן דזכה בעלה במקח ומכרה בטל דלא קנה בעלה אלא הפירות בלבד כמו שהוכיחו התוס' בקידושין ד' כ"ג בד"ה ור"א וכולי דבמתנה שנתנו לה אחרים אין לבעלה אלא פירות אבל הגוף שלה וכ"כ הרמב"ן

הרמב"ן בחי' כ"י שם וכן כתב הטור א"ה סימן פ"ה ואע"פ שתוס' רי"ד שם כתב דמשמע מפירש"י דזכה הבעל אפילו בגוף ככר דהה זה וכולי וצ"ל שהיא ס' יחידאה עיין שם ולא זכר דגם הר"ן והריטב"א שם דחו דברי רש"י והרשב"א שם כתב דגם רש"י לא להשוות מתנה למליאה לגמרי פי' כן ע"ש וכן כתב הרשב"א במיוחסות סימן ס"ד עיין שם וכן פסק הרמב"ם פ"ג מה' זכייה וכתב המ"מ שהוא מוסכם עיין שם ומהרא"ח ח"ב סי' ב' הוכיח כן ממ"ש הרמב"ם פ' כ"ב מה' אישות דאם אמרה האשה מתנה נתנו לי נאמנת וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות אלמא הגוף שלה אפילו נתנו לה בלא תנאי עיין שם ולא זכר דברי הרמב"ם בה' זכייה וכן דעת בעה"ת שער ו' ח"ג סי' ב' וכן פסק הטור בח"מ סימן רמ"ט ובא"ה סי' פ"ה עיין שם א"כ דעת הרמב"ם ור' ישעיה והתוס' והרא"ש והרמב"ן והרשב"א והריטב"א והרן והטור דאפילו במתנה אין הבעל קונה אלא הפירות וגם רש"י אפשר דהכי ס"ל כמ"ש הרשב"א וכ"כ המ"מ שזה מוסכם ועי' בה' גידולי תרומה וה' נתיבות משפט ד' קכ"ז הק' על בעה"ת שכ' וז"ל אם א"ל הנותן לה נכסים אלו נותנים לך ע"מ שאין ב"ח של בעליך שום רשות בהם כיון דקי"ל כר"י בדבר שבממון תנאו קיים ה"כ הנאו קיים וכו' ומסתברא דאפי' בע"מ שאין לבעליך רשות בהם נר' שלא זכה בהם ב"ח דכיון דמתנה זו כב"מ היתיה לטעמא דבעי' רווח ביתא וליכא וכו' משמע דוקא בנתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה ולא קנה הבעל אלא הפירות לכך אין לב"ח זכות דבעי' רווח ביתא ככל פירות כב"מ אבל מתנה סתם זוכה הב"ח מפום דהבעל קנה אפי' הגוף :

סימן ק"ז

א' דין א' קרקע נקנה בכסף וכולי כתב ה' כנה"ג דוקא בכסף ממש ולא בשוה כסף הרא"ד"ב סימן קנ"ג ומהרא"ש סימן ר"ג כתב אם הקונה מסר שוה כסף ליד המוכר יש להסתפק וכו' והרשב"א בתשו' סימן אלף רכ"ו כתב דקרקע נקנה בכסף ובשוה כסף והתימה על מהרא"ש ומהרא"ד"ב שלא ראו תשו' הרשב"א עיין שם ונראה דודאי שוה כסף ככסף דהא אשה מתקדשת בשוה כסף וכתב' התוס' ריש קדושין דילפינן מע"ע והא דאיצט' קרא לפדיון הבן והקדש דשוה כסף ככסף ולא ילפי' מנזקין וע"ע לפי שבא למעט קרקעות ושטרות וכו' עיין שם וה"נ קרקע נקנה בשוה כסף דילפי' מע"ע ונזקין והרי אשה ילפי' משדה קיחה קיחה והי אין שדה נקנה מהיכא תיתי באשה וה"ג כתב התוס' שם דף ז' בד"ה וא"כ וכולי דאין אשה נקנית אגב מטלטלין ע"ש וכן מוכח מדאמרינן דף ג' גבי חליפין כד"א הואיל וגמר קיחה משדה עפרון מה שדה מקניא בחליפין ופיר"ת דלא גמרי' משדה אלא לכסף דוקא וס"ד דקנין חליפין מטעם כסף שפו"פ עיין שם בתוס' אלמא קרקע נקנה בשוה כסף ומה"ט נקנית בחליפין מטעם כסף דהיינו שוה כסף דמטבע אינו נעשה חליפין וכ"כ הר"ן והריטב"א בחי' לקידושין דלענין מקנה שניהם מתרלו בדבר מסברא פשיטא לן דשוה כסף ככסף וגבי עבד ונזק הוא דצריך קרא לרבות עיין שם הטעם וכן כתב בהדיא ר' ישעיה בחי' שם דף ז' עיין שם והכרי מהרא"ד"ב ומהרא"ש הם בענין דאם קנה בשטר דבעי' שיתן כסף ולא שוה כסף והביאו ראיה מדכ' בעל העיטור ריש מאמר ג' עלה דאמר שמואל ל"ש וכו' עד שיתן את הדמים וז"ל בירושלמי בשטר ע"מ שלא יתן אבל ע"מ ליתן כסף לא קנה עד שיתן כסף ש"מ דמים הייני כסף ונראה כוונתו דדמים שאמרו בעי' כסף ממש ולא שוה כסף וטעמא משום דמי שמכר קרקע מפני שדחוק למעות הוא דצריך שיתן לו מעות ולא דבר אחר עיין שם וא"כ דוקא לענין פירעון בעי' כסף ממש אבל לענין קנייה שניהם מתרלו בדבר לכ"ע שוה כסף ככסף ואם קנה בשוה כסף אינו יכול לחזור וגם לתי' אחרים שכ' הריטב"א בחי' דילפינן קידושין משפחה כנענית בג"ש דלה לה דשוה כסף ככסף נראה דהדר ילפי' קרקעות מאשה בג"ש דקיחה קיחה כדאמרי' די"ג כשם שאין אשה נקנית בפחות משו"פ כך אין קרקע נקנה בפחות משו"פ עיין שם בהוספות ובחי' הרשב"א וה"כ ילפי' קרקע מאשה בשוה כסף ככסף מיהו ק"ק דאי ילפי' משפחה כנענית נילף קרקעות :

ב' אם אמר לו מכור במנה זו ונמלא מנה חסר דינ' או נמלא בו דינר שאינו עובר לסוחר לא קנו לו מעותיו מ"ד אהתקדש לי במנה זה ונמלא חסר דינר דאינה מקודשת אלמא כיון דקידש בדבר קצוב ונמלא חסר מהקרן טעות הוא וה"ה גבי מכר הרמ"ה בפר' המוכר את הספינה סימן קמ"ו עיין שם :

ג' כתב מהרא"ח סימן ק"ו דקרקע נקנה בשעבוד דהוי ככסף וכן כתב הריטב"א בחי' בפ"ק דקידושין עיין שם וכבר האריך הב"ח בתשו' ח"א סימן קמ"ט והוכיח כן עש"ב :

ד' הר"ן בפרק קמא דקידושין גבי עגל זה לפדיון בני ואם קבלו הכהן בחמש סלעים דשוה לגביה דידיה בנו פדוי נסתפק במקדש בדבר שאינו שוה פרוטה אי מליא אמרה לדידי שוה דאפשר דכיון דלא שוה מידי לאו כל הימנו לתת עליו תורת כסף והכא שאני כיון דודאי מנוגא הוא כי אמר לדידי שוה מהני ע"ש ומהרש"ל בפרק קמא דקידושין סימן יו"ד כתב דליכא ספק דודאי בעינן שוה פרוטה עיין שם ונראה דה"ה במכר קרקע בדבר שאינו שוה פרוטה דאפילו אמר המוכ' לדידי שוה לי לא קנה כדמשמע בפרק קמא דקידושין דף י"ג ואמר רב מני כשם שאין אשה נקנית בפחות משוה פרוטה כך אין קרקע נקנית בפחות משוה פרוטה והדתניא אף על פי שאין אשה נקנית בפחות משוה פרוטה קרקע נקני' בפחות משוה פרוטה א"ל כי תניא ההיא בחליפין וכולי ע"ש וא"א לימא דברייתא דקתני דקנה בפחות משוה פרוט' כגון דקיבל אותו המוכר בפרוטה דאמר לדידי שוה לי כדמוקמינן ברייתא דעגל זה לפדיון בני אלא ודאי אין חי' בין קרקע לאשה :

ה' קרקע נקנה בכסף וכו' ראובן שקנה בית משמעון ונתן מהדמים י"ב דינרים וכ' עליו השאר לזמן קצוב ואחר כך נפל הפרש ביניהם על מומין שהיו בבית והלך שמעון והשתדל עם ראובן עד שנתרצו לבטל המקח והלך שמעון ומכרה ללוי אם ראובן מודה בביטול המקח וחזר ולקח הי"ב דינרים שנתן לשמעון בטל המקח דהו"ל כאלו חזר ומכרו לו שמתקיים בנתינת הדמי' ואין צריך קנין ונתקיים הבית ביד שמעון ולוי שקנה אותו ממנו אחר כך ואם אינו מודה שקיבל הי"ב דינרי' ואין עדי' בזה רואים אם קנייה שקנה ראובן משמעון עדי' מעידי' עליה ישבע ראובן שלא קיבל הי"ב דינרים ומה שבטלו המכר אינו כלום בלא קנין ובלא קבלת דמים ואם אין עדים בעיקר המכר ישבע שמעון שבטלו המקח וקבל ראובן הי"ב דינרים דנאמן במגו שהיה יכול לכפור בעיקר

המכר

המכר מהר"י בן מיגש בתשו' סימן ק"ל עיין שם :

ז' קרקע נקנה בכסף וכו' בק"ס וכולי הרב כנה"ג הביא תשו' הרשב"א כ"י שהוכיח דקרקע נקנה בחליפין ותמה על הר' יהונתן שם דס"ל דקרקע אין נקנה בחליפין עיין שם ותשו' הרשב"א היא בחלק ג' סימן קל"ב להר' יהונתן וז"ל וראיתי בספרך דבר שא"א דכי נאים ושכיב מר אמרו וכולי וחס ליה למר דלימא הכי שזהו לא אמרו אדם מעול' דקרק' ודאי נקנה בחליפין ונקנה בקנין הלא אמרו בפרק קמא דב"ב וכולי כשקנו מידו ובר"פ הכותב קנו מידו וכו' ובפרק קמא דקידושין עבד כנעני נקנה בכסף בשטר ובחזקה תנא אף בחליפין ותנא דידן מילתא דליתא במטלטלין קתני מילתא דאיתא בין במטלט' בין במקרקעי לא קתני אלמא אפי' קרקע נקנה בחליפין ומקרא מלא דבר הכתו' וזאת לפני' בישר' על הגאולה וכולי עכ"ל וכן כתב רב האי בספר המקח שי"ג דף כ"ט וז"ל השער הרביעי חליפין פי' קנין קונין בו הקרקע וב"ח והמטלטלי' וכו' דהכי גרסי' עבד כנעני נקנה בכסף בשטר ובחזקה ותנא אף בחליפין ותנא דידן מ"ט לא תנא חליפין ותי' כי קתני מילת' דליתא במטלט' אבל חליפין הואיל איתנהו בין במקרקעי בין במטלטלי לא קתני מהכא אתה רואה. שהחליפי' בכל דבר וכו' עכ"ל וכן כתב בעל העיטור במאמר ב' קנין וז"ל גרסי' בפ' קמא דקידושין וכולי ותנא דידן מילתא דליתא במטלטלי קתני מילתא דאיתא אף במטלטלי לא קתני ש"מ כל מילי מיקנו בחליפין וכולי עיין שם ונראה דגרסינן הכי מילתא דאיתא אף במטלטלי' וכולי וגם גירסתינו מילתא דאיתא במטלטלי' וכו' נראה דאף במטלטלי' קאמר והוא מוכרח דאי איתא במטלטלי ולא במקרקעי כיון דעבד איתקש לקרקע נילף עבד דאין נקנה בחליפין מקרקע וכן כתב בעל הלכות גדולות דף ק"ט ע"ג וז"ל והיכא דלא משך קני בחליפי' דאמרינן גבי עבד כנעני תנא אף בחליפין וכו' ותנא דידן וכו' מילתא דקני במטלטלי לא קתני אלמא קנין קני בין במקרקעי בין במטלטלי' וכו' עכ"ל והרדב"ז חלק ב' סימן תק"ג כ'. דקנין סודר מדרבנן דהא מדק' ילפי' ליה דכתיב. שלף וכולי וכן ראיתי לה' החינוך פ' בהר סי' שכ"ט שכ' וז"ל ואין ספק כי אלו הקניות כולם מתקנת חכמים היא והובאו הכתובים לסמוך וכו' עיי"ש וא"כ א"ל דקרקע אינה נקנה בחליפין ולא אמרו עבד כקרקע אלא בדאוריי' אבל במילי דרבנן עבד כמטלטלי' כמ"ש התוס' והרא"ש בקמא די"ב דעבד כמטלטלי' גבי גביית חוב וקנין אגב דרבנן עיין שם והכא נמי עבד כמטלטלי בקנין חליפין דרבנן אבל הרמב"ן בס"ה סוף פרש ב' כתב וזה לשונו וכן קנין חליפין הנלמד מבועז דבר תורה הוא מפני שאמ' הכתו' וזאת התעודה בישראל ולא שמעתי חולק לומר שיהיה קנינו מדבריהם בלבד עד כאן לשונו וכן כת' בספר אסיפת זקנים למציעא דמ"ז וז"ל ק"ל מתנה מטלטלי' דליכא מעות במה יקנה תיר' בתוספות דר"י מודה במתנה כיון דליכא מעות דקונה במשיכה והרמב"ן תי' דאפי' מתנה אינה נקנית מן התורה אלא בחליפין או אגב וכולי עיין שם הרי דס"ל דקנין חליפין ואגב דהוו דאורייתא וכן כתב הרמ"ה בפרק מי שמת סימן פ"ג עיין שם ואם כן אם קרקע אינו נקנה בחליפין אמאי עבד נקנה בחליפין הא במילי דאורייתא עבד כקרק' ואף על גב דא"ל דרבוי קניני' גמרי' מהיקשא ולא מיעוט קנינים וכה"ג כתבו התוספות דף ג' בד"ה והשה וכולי עיין שם והכא נמי לא ילפינן עבד מקרקע דאין נקנה בחליפין מכל מקום הו"ל למיתני דעבד נקנה בחליפין שלא לדונו כקרקע בשלמא משיכה דלא שייכא בקרקע פשיטא דעבד נקנה בה כמטלטלי' והכי אמרינן התם בהדיא אלא לתנא ברא ניתני משיכה כי קתני מילתא דאיתא בין במקרקעי בין במטלט' וכו' הרי דקרק' נקנה בחליפין דהא תנא ברא תני חליפין וכן מצאתי למהר"י מברונה סימן ק"ע שהוכיח כן עיין שם :

ז' דין ב' בכסף כילד וכו' אם זקף עליו מעות בשטר נר' דהוי כפירעון וקנה שהרי כתב הר"ן בפ' מי שהיה נשוי וז"ל גרסי' בגמ' ארמב"ח ראובן שמכר שדה לשמעון וזקף עליו במלוה וכו' וה"פ שלא נתן שמעון לראובן דמי השדה כלום שכתב לו שט"ח עליו ומ"ה נקט זקף עליו במלוה ולא נקט כשעדיין חייב לו משום דבכה"ג לא קנה בשטר עד שיתן הדמים כדאיתא בפרק קמא דקידושין אבל השתא דזקף עליו במלוה קנה דזקיפה הוי כפירעון כדאמרי' בפ' האומנים מלמדין וכו' ע"ש משמע אפילו לא פרעו כלום זקיפה הוי כנתינת המעות וכן כתב הריטב"א הובא בש"מ שם דאע"ג דאין קרקע נקנה במלוה ה"ד במלוה שהוא חייב המוכר ללוקח דאין כאן כסף לקנות אבל מלוה זו שמתחייב הלוקח עכשיו למוכ' בפירעון גמור הוא דקונה בו מדין כסף עיין שם וכן כתב בפ' האומנים בשם רבו הובא בש"מ שם בההיא דמלמדין וכו' וז"ל ה"ה אפילו לא נתן כלום אלא שזקף כל האלף במלוה קנה מדין כסף דאע"ג דמלוה אינה קונה בקרקעות וכולי זה שזוקף עליו הכסף במלוה ואומר הרי כאלו התקבלתי כפירעון גמור חשיב עיין שם וה' עדות ביעקב סי' ס"ג דקנ"ה הביא דברי הריטב"א ופסק כן ומהרא"ח ח"א סימן ק"ו הביא דברי הריטב"א בחי' לקידושין גבי מנה אין כאן משכון אין כאן שהסכים לפי' הראב"ד דהתם משום דלא נתחייב במנה אלא שבאמירה בעלמא אבל אם נתחייב לו מנה בקנין וקדשה בו או שלקח ממנו שדה קנה וגם הרמב"ן והרשב"א דס"ל התם דאפי' א"ל הריני חייב לך מנה בקנין והתקדשי לי בו אינה מקודשת דאין כאן מנה אלא מלוה מ"מ במכר לדעת הרי"ף והרמב"ם דקרקע נקנה במלוה שחייב המוכר ללוקח כמבואר בסי' ר"ד נראה שהקונה במלוה שלו ג"כ שחייב עצמו למוכר בקנין או בשטר קנה מדין כסף עש"ב וגם הרמב"ן בחי' שם כת' בהדיא דבמכר נמי לא קנה היינו משום דס"ל דבמכ' נמי לא קנה במלוה אבל לדידן דקנה במלוה ה"ה במלוה שחייב עצמו הלוקח :

והרב מח"א בה' קנין מעות סימן ה' כתב דמדברי הר"ן שם נר' קלא דוקא בקידושין הוא דאמרי' דאין האשה מקודשת בשעבוד משום דקידושין אגיד גביה בעל וכו' אבל לענין מכר אפשר דמודה דיועיל עיין שם וכבר דחה מהריט"א בס' קהלת יעקב דף ל"ה דדברי הר"ן בשם הרמב"ן ובחי' הרמב"ן מבואר דה"נ במכר לא קנה וכן הסכי' מהרימ"ט בחי' שם עש"ב וק' שהרי כ' הר"ן בפ' מי שהיה נשוי וז"ל גרסי' בגמ' ארמב"ח ראובן שמכר שדה לשמעון וזקפן עליו וכולי וה"פ שלא נתן שמעון לראובן דמי השדה אלא זקפן עליו במלוה כלומר שכתב לו שט"ח עליהם ומ"ה נקט זקף עליו במלוה ולא נקט כשעדיין חייב לו משו' דבכה"ג לא קנה בשטר עד שיתן הדמי' כדאית' בפ"ק דקידושין אבל השתא דזקפן עליו במלוה קנה דזקיפה הרי היא כפירעון כדאמרי' בפרק האומני' מלמדין וכו' עכ"ל הרי דס"ל דזקיפה הרי היא כנתינת המעות וה"ה בלא שטר אלא בזקיפת מלוה היינו כסף וא"כ נראה דהר"ן הכא לא הסכים עם הרמב"ן אלא לענין קידושין ולא במכר ומה שהק' מהריט"א

מפ'

מפ' האומר דפריך ותיסברא אימא סיפא ושוין במכר דקנה ואי מלוה להוצאה ניתנה במאי קני וא"א לימא דמיירי הכא כשמתחייב בקנין דבמכר קנה לכ"ע בשעבוד ודוקא גבי קידושין פליגי משום דמקשי' הויה ליליאה עש"ב לק"מ דבשעבוד דאגיד גבי לוה לכ"ע מקשי' הויה ליליאה אבל במלוה שעליה (עכ"מ) :

גם מה שהקשה שם לדעת הראב"ד מדאמרינן בע"ז דע"א כי כיילתו חמרא לנכרים שקלו זוזי מנייהו וכו' דאי לא הוי יין נסך ברשותייכו וכי שקליתו דמי יין נסך שקליתו וכו' וא"א יקנו בק"ס מן הגוי דמתחייב בדמי היין דחיוב חשיב כנתינת דמים וקנו היין והוי יין נסך ברשותייהו דהא ודאי גוי קונה ומקנה בק"ס כמ"ש התוס' בפ"ק דקידושין עיין שם ליתא דגם למ"ד דחיוב לא הוי כמעות ק' כיון דגוי קונה בק"ס ליקנו ליין לגוי בק"ס ולא הוי יין נסך עד דנגע ביה כדאמרינן התם דאם משיכה קונה בגוי מהני וכבר הק' כן הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק ל' ותי' דלא היו רגילים להקנות לגוי בק"ס עיין שם :

וכתב ה' מח"א ה' קנין מעות סימן ה' דלפ"ז אפי' במטלט' קונה קנין גמור דלא שייך לומר נשרפו חטיך בעלייה דכיון דהמוכר עדיין לא קיבל המעות טרח ומציל פן יסרב הלוקח ליתן לו הדמים כמ"ש התוס' בפ' הזהב לענין ק"ס ומהריט"א בס' קהלת יעקב דף ל"ז ע"ג חלק עליו דשאני ק"ס דלא הוי מדין כסף אלא מדין חליפין בכל חליפין קונה אם החליף שור בפרה כיון דמשך הא' השור קנה האחר פרה בלא משיכה אבל בקונה בחיוב ושעבוד מדין כסף הוא אע"ג דליכא למיחש לשמא נשרפו חטיך בעלייה לא פלוג רבנן בין כסף לכסף עש"ב וליתא דהא קי"ל בסי' קל"ח (עכ"מ) :

ח' בכסף וכו' בפרק קמא דקידושין ילפינן מדכתיב שדות בכסף יקנו והרב עצמות יוסף הק' נילף בק"ו ומה חזקה שאינה קונה בע"ע קונה בקרקע כסף שקונה בעבד אינו דין שקונה בקרקע והרב שמחת יום טוב סימן כ"א תירץ דלנואן דאמר דאם הוא שכור לאחר אינו קונה בחזקה כמו שכתב הכנה"ג סימן קל"ב ניחא דאיצטריך קרא דגם בכהאי גוונא דלא קנה בחזק' קנה בכסף עיין שם וליתא דכיון דילפינן קנין כסף מקל וחומר אפילו במקום דלא שייך קנין חזקה בכגון ששכור לאחר היינו נמשום דלא עשה חזקה אבל בקנין כסף דשייך בה פשיטא דקנה וכן אם הקנה לו לאחר שלשי' יום ולא אמ"ל מעכשיו אף על גב דלא קנה בחזקה או בחליפין משום דכלתה החזקה והדר סודר למאריה פשיטא נקנה בכסף לאחר ל' יום ולא צריך קרא להכי :

ט' בכסף וכולי בפ"ק דקידושין ילפינן לה מדכתיב שדות בכסף יקנו וכתבו התוס' הא דלא לייתי קרא דכתיב גבי עפרון משום דדילמא ה"מ מנכרי שכל קנינו בכסף ובריש המסכתא כתב וז"ל דא"ל השדה אשר קנה אברהם בחזקה או בשטר עיין שם וכ"ל דס"ל דא"א קנה מעפרון בכסף דכתיב נתתי כסף השדה קח נומני אלא דלא סמכא דעתיה אלא עם השט' או חזקה כדקי"ל בסימן קל"ד דישראל שלקח שדה מגוי ונתן דמים וקודם שהחזיק בה בא ישראל אחר והחזיק בה זכה האחרון לפי שהגוי נוטה שלקח הדמים נסתלק וישראל לא קנה עד שיגיע לידו השטר וכו' עיין שם והכא נמי א"ל דא"א לא קנה אלא בכסף כדכתיב נתתי כסף השדה דכל קנינו של גוי בכסף אבל לא שמעינן מניה דכסף איקרי קנין דא"ל השדה אשר קנה אברהם בחזקה או בשטר משום דלא סמכא דעתיה לקנות בכסף לבד עד שיכתוב השטר או חזקה ואם כן אף על גב דהגוי נסתלק כיון דישראל לא קני לא מיקרי קנין אבל ילפינן מניה דקרק' נקנה בכסף אי פריש ולזה כתב משום דדילמא ה"ד מגוי שכל קנינו בכסף ועיין במפ' והרב שמחת יום טוב סימן כ"א הק' למה ליה קרא נילף בקל וחומר מחליפין ומה חליפין דאינו קונה באשה ולא בע"ע קונה בקרק' כסף דקונה באשה ובע"ע א"ד שקונה בקרק' ולר"ל דסבר משיכה מן התור' א"ש דא"ל מה לק"ס שכן קונה אף במטלטלין עיין שם וליתא דהא א"ל שטר יוכיח שאינו קונה במטלטלי וקונה בקרק' הכא נמי כסף אף על פי שאינו קונה במטלטלי קונה בקרק' או דנילף בקל וחומר הכי ומה אשה וע"ע שאינם נקנים בק"ס נקנו בכסף קרק' דנקנה בק"ס אינו דין שיקנה בכסף דא"א מטלטלין יוכיחו דנקנים בק"ס ואין נקנים בכסף א"ל מה למטלטלין שכן אינם נקנין בשטר תאמר בקרק' דנקנה בשטר הכא נמי נקנה בכסף מיהו התוספות בפ"ק דקידושין די"ד ע"ב בד"ה הואיל וכו' כ' וז"ל וא"ת ולאו קל וחומר הוא ומה גוי שאינו קונה בשט' קונה בכסף וכו' וי"ל וכו' וכ' מהרימ"ט בחידושיו שם דסב"ל דגבי קנייני ממון אין חומרת' וקולת' של קנייניס גורמים וכו' כשנתפרש קנין בדבר א' אין ללמוד קנין א' מדבר אחר שאין בו אלא אותו קנין דאמרינן דשאני התם דאין לו קנין אחר וכולי אבל כשיש קנין אחד אין צריך לקנין אחר ע"ש ואם כן הכא נמי לא ילפינן קנין כסף בקרק' בקל וחומר מאשה ועבד דאין בהם קנין חליפין מה"ט ומהרימ"ט בחי' לשם תירץ לקושית ה' עצמות יוסף דלא ילפינן עבד דהוי קנין הגוף שזוכה במעשה ידיו בק"ו מאשה דאין לו זכות בה אלא לעשה איסורה דמעשה ידיה תקנת' דרבנן עיין שם ואם כן הכא נמי לא ילפינן קרק' מאש' ואף על גב דהבעל יורש אשתו מדאורייתא לדעת הראב"ד והרשב"א כמו שכתב המ"מ בפ"א מהלכות נחלות עיי"ש וא"כ יש לו זכות בה לענין ממון מכל מקום ל"ד לעבד וקרקע שהם קנין הגוף וקרק' מע"ע לא ילפינן דא"ל מה לעבד שכן יוצא בשש ובגירעון כסף ונראה דל"ק דקנין חליפין לא כתיב בתורה אלא שלף איש נעלו וכו' נד"ק ואף על גב דהוי דאורייתא כדכתיב וזאת התעודה וכולי כמו שכתב הרמב"ן בס"ה סוף שורש ב' עיין שם מ"מ אינו מפורש בתורה דאפילו נימא הלמ"נ הוא כדאמרינן עד דלא אתא יחזקאל מאן אמרה אלא גמרא וכולי הא קיימא לן דאין דנים קל וחומר מהלכה :

יו"ד ונתן לו כסף שוה פרוטה וכו' אם הקנה לו קרקע ומטלטלין בפרוטה ספק אם קנה דבפ"ק דקידושין בעי ר"פ בתך ופרתך בפרוטה מהו מי אמרינן בתך בחלי פרוטה ופרתך בחלי פרוטה א"ד בתך בפרוטה ופרתך במשיכה וכו' וכתב רא"ן דף קל"ג ע"ד דס' קידושין לחומרא והבת צריכה גט וממון העמידו על חזקתו וכ"כ תלמידי הרשב"א בשם הרמ"ה עיין שם והכא נמי אם א"ל קרקעך ופרתך בפרוטה מי אמרינן קרקע בחלי פרוטה ופרה בחלי פרוטה ולא קנה או דילמ' קרק' בפרוטה ופרה במשיכה ומספק העמיד ממון על חזקתו והריטב"א בחיד' כתב דוקא כשמשך הפרה אבל אם לא משך הפרה פשיטא דבתך ופרתך בפרוטה קאמר ואינה מקודשת כלל עיין שם ואם כן נראה דפרה קנה במשיכה דאפילו בתך בחלי פרוטה ופרתך בחלי פרוטה קאמ' ס"ס הרי משך הפרה והכא נמי אם אמר לו קרקע ופרתך בפרוטה אם לא משך הפרה ודאי דקרקע ופרתך בפרוטה קאמר ולא קנה כלל אבל אם משך הפרה מס' לא קנה

קרק'

קרק' אבל הפרה קנה ואף מדברי ראב"ן והרמ"ה מוכח דמספק"ל נמי בפרה מכל מקום כיון שמשך הרי בחזקת הלוקח אבל אם אמר לו קרק' ומטלטלין בב' פרוטו' נר' דקרקע פרוטה ומטלטלין בפרוטה קאמר ולא הוי כקני את וחמור כמ"ש סימן כ"ג עיין שם :

י"א ונתן לו כסף שוה פרוטה וכו' כ' הסמ"ע שנתן לו השוה פרוטה על דמי הפירעון והשאר זקף עליו במלוה אבל נ"ל דלא איירי כאן בכסף שנותן בשביל שיווי המקח אלא שנותן לו פרוטה שבפרוטה זו נשתעבד זה לזה זה לקנות וזה למכור ושאין אחד יכול לחזור בו דומיא דקנין שטר וחזקה וק"ם דז"א דהא קנין כסף נלמד משדה עפרון וכסף הנזכר בשדה עפרון היה דמי שיווי השדה עיין שם ולכאורה מדברי ראב"ן דפ"ח ע"ד וז"ל וכשם שקרקע נקנה בכסף ובשטר ובחזקה כך שכירות קרקע נקנה שאם שכר קרקע לכו"ך שנים ונתן מקצת הכסף חייב ליתן כל הכסף ואינו יכול לחזור בו וכו' עיין שם משמע כן אבל הא ליתא (עכ"מ) :

י"ב דין ג' האומר לחבירו תן מנה לפלוני וכו' כתב הרשב"א בתשו' סימן אל"ף רכ"ד ורכ"ה האומרת הלוה מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת דהא הנאת מלוה כנתינת פרוטה ואם כן מקודשת בה מדין ערב אבל הרויח לפ' זמן מלוה אינה מקודשת שהרי אין ערב מתחייב בזה כדתנן הרי שהיה חונק את חבירו וכו' והביאו מרן הב"י א"ה סימן ל"ח עיין שם וא"כ האומר לחבירו הלוה לפלו' מנה וקנה לך קרקע שלי קנה וה"נ במחילת מלוה לפ' קנה מדין ערב דאם מחל המלו' ללוה ע"פ הערב משתעבד אבל בהרווחת זמן מלוה דאין הער' משתעבד הכא נמי לא קנה ואף על גב דכתבו הרא"ש והטור סימן ר"ב דקרקע אינו נקנה במלוה אבל אם הרויח לו הזמן כגון שהגיע זמנו לפרוע והרויח לו הזמן וא"ל יקנה לי שדה שלך בההיא הנאה שהרווחתי לך קנה ופ' מור"ם שם נראה דדוקא לגבי הלוה הרווחת הזמן הנאה היא וכן באשה אם הרויח לה זמן במלוה שעליה מקודשת וכן דעת הרשב"א בתי' לקידושין עיין שם אבל לגבי ערב הרווחת זמן לא חשיבה הנאה אלא מה שנתן לו או הלוה ומחל לחבירו דחסר ממון על פיו והכא נמי גבי קניית קרקע ומהרש"ל בים של שלמה בפ"ק סימן ז' כתב על הרשב"א ואיני יודע לחלק ביניהם דלפי הנראה מקודשת בשניהם עיין שם וליתא דהא ילפי' מדין ערב וערב לא משתעבד בהרווחת הזמן אלא אם כן הלוה או מחל לחבירו על פה הערב ונראה דאם א"ל תן מנה לפל' על מנת להחזיר ותהא שדה קנויה לך לא קנה וכן גבי ערב אם א"ל תן מנה לפ' ע"מ להחזיר ואני ערב במלוה אחרת לא נשתעבד דהא בהרווחת זמן ודאי קנה ובמתנה על מנת להחזיר ס"ד דלא קנה נוסמ' דגרע מתנה על מנת להחזי' מהרווחת זמן וכיון דבהרויח זמן לפלוני לא חשיב הנאה לקנות בה כל שכן במתנה על מנת להחזיר לאחר ודלא כהב"ח ע"ש :

י"ג נראה מדברי הטור דכשנתן הלוקח הכסף ואמר שדך מכורה לי קנה אף ע"פ שלא אמר המוכר וכן כתבו בתוספות רי"ד בפ"ק דקידושין גבי נתן הוא ואמרה היא ספיקא וחיישינן מדרבנן וז"ל פי' שי"ל קידושין הם דומיא דשדה בין אם המוכר א"ל שדי מכור' לך בין אם הקונה אמר שדך מכורה לי במנה וקבל המוכ' המנה קנה א"ד שאני הכא דכתיב כי יקח וכו' עיין שם והרב קרית מלך רב ריש הלכות מכירה כתב שיש מפ' דבקידושין דף ט' גבי הא ל"ד הא שטרא לשט' זביני וכו' משמע דגם בכסף לא קנה עד דאמר מוכר וכן כתבו הרמב"ן והרשב"א בחידו' שם וז"ל ומפרקינן הכא מעני' דקרא כיון דבכסף תלי רחמנא בלוקח מקשי' כולהו הווי' להדדי והתם במוכר תלה רחמנא בין בכסף ובין בשטר בעינן שיאמר המוכר שדי מכורה לך ותי' דהיינו דוק' אם התחיל המיכר וכו' עיין שם וליתא דמדברי רבינו ישעיה נראה בהדיא דאפילו לא אמר אלא לוקח שדך מכור' לי קנה דומיא דנתן הוא ואמרה היא דאם היה מדבר עמה על עסקי קידושיה הוו ודאי קידושין כמבואר בא"ה סימן כ"ז עיין שם וכן כתב בחי' קידושין שלא נודע לגוי גבי נתן הוא ואמרה היא וז"ל ובשדה היכא דיהב כסף בין דאמר מוכר שדי מכורה לך בכסף בין דאמר לוקח שדך קנוייה לי הוו זביני אבל חכמי' גזרו נתן הוא ואמר' היא וכו' וכ"כ עוד בחיד' לדף ט' וז"ל והא דלא אקשינן ליה לעיל גבי כסף וכו' יש לומר כסף כיון דגבי זביני מאן דבעי קאמר דאי בעי מוכר אמר שדי מכורה לך בכס' זה ואי בעי אמר לוקח שדך קנוייה לי וכו' עיין שם :

י"ד דין ו' והוא שיהיה אדם חשוב וכו' אבל אם אינו אדם חשוב המנה קנה והשדה לא קנה ראב"ן דקל"ג ע"ד עיין שם ואם הוא אדם חשוב דעת ר"ח והרשב"א והר"ן דקנה אף המטלטלים מדין חליפין אבל הרמב"ן והריטב"א סבירא להו דלא קנה המטלטלין וכסף היא ולא חליפין עיין שם וכן כתב ה' מח"א בה' קנין מעות סימן ב' ואם אמר המוכר ללוקח תן כסף לפ' וקנה לך מטלטלי תלוי בפלוגתא דרבוותא דלפי מה שכ' התוספות במליעא דף ע"א בד"ה נולאו ישראל וכו' דמה שנותן לאותו פלוני הוי כאלו בא לידו ממש הכא נמי לא קנה קנין גמור אלא לענין מי שפרע אבל לדעת הרמב"ם ורש"י והריטב"א דלא הוי כאלו בא לידו אלא דאות' הנא' שנתן לאחר על פיו שוה פרוטה הרי זה קונה דאותה הנאה חשיבה חליפין כמ"ש רי"ו והר"ן ועיין בחי' הרשב"א דהרמב"ן חולק על ר"ח והרשב"א הסכים עם ר"ח עיין שם ונראה לדעת ר"ח והרשב"א והר"ן כ"ש באמר לו תן הכסף לפלוני וקנה לך מטלטלים קנה מדין חליפין דאות' הנאה שנותן הלוקח לאחר על פיו חשיבה כחליפין דהוי בכליו של קונה וה' משאת בנימין סימן ל"ז שכ' דמדברי ר"ח שכתב גבי הילך מנה ויהיו לך נכסי דהא הוא חשי' ככלי ואף במטלטלים קנה משמע בהא הוא דקנה אף במטלטלים כיון דדמו לחליפין אבל בהנך תלת בבי קמייתא' לא קנה במטלטלי והביאו הרב כנסת הגדולה הגב"י אות ד' עיין שם לא דק דבאומר תן מנה לפ' וקנה לך נכסי פשיטא דדמי לחליפין דהוי בכליו של קונה טפי מאומר הילך מנה וקנה נכסי וקונה אף מטלטלין וכן האומ' תן מנה לפ' ויהיו נכסי קנויים לו קנה אף המטלטלין מהאי טעמא דדמי לחליפין אבל באומר לחבירו הילך מנה ויהא שדך מכור לפלוני לא דמי לחליפין ולא קנה אלא קרק' מדין כסף וזה נדון הרב משאת בנימין עיין שם :

ט"ו וכן י"א דה"ה לאומר הילך מנה לפ' וכו' ה"ד מתנה גמורה אבל מתנה ע"מ להחזיר לאדם חשוב לא מיקרי הנאה לגבי הנותן להקנות כמו שהוכית הרשב"א והר"ן בפ"ק דקידושין לרב דחליפין בעי' כליו של קונה ולא בכליו של מקנה אפילו באדם חשוב מה"ט עיין שם וכן כתב הב"ח עיין שם מיהו בחי' הריטב"א שם כתב תי' אחרים ונראה שיש חולקים עיין שם :

ט"ז דין ז' לא קנה עד שיכתוב השטר וכו' משמע דאף המוכר דדוקא בהתנה הלוקח ואמר אם ארצה אקנה בכסף אין המוכר יכול לחזור מפני התנאי

אבל

אבל בלא תנאי שיהם יכולים לחזור בו ה' ככה"ג בתשו' ח"א סימן קל"ז עש"ב וזה פשוט :

י"ז כתב הר"ן דבשטר קנין לא קנה אלא משעת כתיבת השטר ולא בכסף משעה א' וטעמא דמילתא דכל שיש לפניו ב' קניות אין דעתו לקנות אלא בקנין שהוא יותר מועיל ושטר יותר מועיל מכסף אבל בשטר ראיה כשנכתב אותו שטר קנה בכסף משעה א' והביאו מרן הב"י עיין שם ונראה דנ"מ לענין אכילת פירות דבשטר ראיה דקנה למפרע משעה א' הפירות שלו דאע"ג דאסור לאכול הפירות עד שיגמר המקח דשמא יחזור א' מהם ונמצא מקחו בטל ושכר מעותיו הוא אוכל מ"מ משלשין את הפירות עד שיכתוב השטר ונותנים אותם ללוקח ומהרא"ח סימן כ"ח נסתפק במתנה על תנאי אם אוכל הפירו' כל זמן שאין התנאי מתבטל ודעתו נוטה דאין מעכבין ממנו הפירות עיין שם ומדברי רש"י במליעא דס"ו ע"ב בד"ה ואבע"א וכולי שכ' והפירו' לר"י לוקח אוכלין ולרבנן משלשין את הפירות עיין שם נראה דס"ל דהמוכר אין מניחין אותו לאכול הפירות בנתיים מן הדין שאם לא יחזיר לו המעות תוך הזמן נמצא המקח קיים כיון דא"ל מעכשיו וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ל סי' תע"ז ע"ש אבל הלוקח לר"י דלד אחד ברבית מותר אוכל הפירות דליכא איסור רבית או גזל דאם יחזיר לו המוכר המעות ינכה לו הפירות שאכל ולרבנן משלשין אותם וה"כ במתנה על תנאי משלשין הפירו' עד שיקיים התנאי ומצאתי בש"מ לבתרא דף ע"ז גבי האומר זכו בשדה זו לפלוני ע"מ שתכתבו לו את השטר כתב בשם ר' יונה וז"ל תמיהא לי מאי קמ"ל פשיטא כיון דא"ל ע"מ אם לא נתקיים התנאי המכר בטל דאע"ג דקי"ל כל האומר ע"מ כאומר' מעכשיו דמי ולכשיתקיים התנאי נתקיים המקח מעכשיו אבל אם לא נתקיים התנאי פשיטא שאין המקח קיים וכו' ואפשר דקמ"ל דחזרה בשטר חזרה גמורה ואוכל את הפירות ולא אמרינן משלשין את הפירות שמא יתרצה עוד בכתיבת השטר ואיגלאי מילתא למפרע שנתקיי' המקח מעכשיו כדין כל תנאי דע"מ שהוא כאומר מעכשיו קמ"ל דלא דמי לשאר תנאי שהוא תולה התנאי בדעת אחרת אבל כאן שתולה זכיית השדה בכתיבת השטר שהיא תלויה בדעתו ורצונו וכו' ולדעת כן התנה שאם ימחה בידם כיון שאין רשאים לכתבו נתבטל שליחותם ותתבטל זכיית השדה עכ"ל הרי דכל תנאי דע"מ שהוא כמעכשיו אם התנאי תלוי בדעת אחר משלשין את הפירות עד שיתקיים התנאי אבל התנאי שתלוי בדעת המוכר אם חוזר זוכה מיד בפירות וה"כ כל זמן שלא נכתב בשטר משלשין הפירות ואם חזר בו המוכר קודם כתיבת השטר אוכל הפירות וז"ל רב נטרונאי בתשו' הגאונים שער ו' סי' י"ח ומאן דזבין ארעא ויהיב דמי במקום שכותבין את השטר לא קנה לוקח עד שיכתוב לו מוכר שטר זביני ואינה יוצאה מתחת יד מוכר עד שכותב שטר ללוקח וכולי וכל היכא דלא קני לוקח דמוכר הוא ולא נפקא מרשותיה ע"כ נראה דס"ל דאין משלשין הפירות ובחזקת המוכר היא עד שיכתיב השטר ואפשר דמיירי בשטר קנין דאינו קונה למפרע אלא משעת כתיבת השטר וא"כ במקום שכותבין שטר קנין המוכר אוכל הפירות עד שיכתוב השטר אבל במקום שכותבי' השטר ראיה דקנה למפרע משעת נתינת המעות משלשין הפירות עד שיכתוב השטר ונותני' אותם ללוקח ואם חזר א' מהם קודם כתיבת השטר נותנים אותם למוכר אבל אם התנה הלוקח ואמר אם ארצה אקנה בכסף וכו' כיון שלא תלה בדעת אחרת אלא ברצונו אוכל הפירות מעכשיו :

והרב שמחת יום טוב סי' כ"א כתב דנ"מ אם מכר או נתן הלוקח קרקע לאחר קודם כתיבת השטר דבשטר ראיה דקנה למפרע משעה א' זכה לוקח ב' אבל בשטר קנין דלא קנה למפרע לא זכה לוקח ב' וכן אם מכר או נתן המוכר קודם כתיבת השטר דאי אמרינן דקנה למפרע אף שכבר מכר לאחר בנתיים כל שחזר וכתב שטר ללוקח א' זכה בו הא' כיון דקדמה קנייתו בכסף משעה א' עיין שם והנה אם מכר הלוקח לאחר בנתיים נראה לכאורה מדברי הרב דאם קנה למפרע זכה הלוקח ב' כדמסקי' בפ' כל שעה דגם לרבא דאמר ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה אם א"ל מעכשיו קנה למפרע וכתב הרז"ה בעל המאור דאפילו בקרקע קנה ושפיר הקדים ושפיר זבין והרא"ד בס' תמים דעים והרמב"ן במלחמות שם חלקו עליו דאפי' במעכשיו לא קנה למפרע משום דלריך שומא והכרזה אבל אם א"ל מעכשיו תהיה קנויה לך באותם המעות לכ"ע קנה למפרע וז"ל הרמב"ן שם אלא הא דאוקי למתני' דא"ל מעכשיו היינו דא"ל אם לא הבאתי לך מכאן ועד יום פ' הרי הוא שלך מעכשיו בסלע שהלויתני עליו וכו' והרי זה כמוכר ע"מ וזה הדין אף בקרקעות ומשנה שלימה היא בפ' אז"כ ע"ש אלמא המלוה שקונה למפרע באותם מעות מעכשיו אפי' מכר בשעה שהיה יכול הלוה לסלקו שלו מכר וכ"כ הרא"ד בתשו' הביאו בעל התרומות שער ס"ג והטור סס"י כ"ד ופסקו מור"ם סימן רי"א ראובן לוה משמעון ועשה לו שטר מכר על שדה מעכשיו בלא תנאי והשליש ביד לוי שאם לא יפרעהו לו לזמן יהא השטר לשמעון וקודם שיגיע הזמן מכר שמעון השדה ליהודה וכשהגיע הזמן לא פרע ראובן לשמעון וכו' מכירת שמעון קיימת אע"פ שהיתה קודם הזמן והרי זה כאומר שדה זו מכורה לך מעכשיו על מנת שתתן לי מאתים זוז מכאן ועד יום פלו' דאם השלים תנאו באותו יום אף על פי שמכר לוקח תו"הז לאחר מקחו קיים עיין שם בב"י וכן ראיתי למהרח"ש ח"א סי' מ"ח שכ' במוכר על תנאי שירצה הלוקח דקנה למפרע והביא ראייה מדברי הרא"ד עש"ב וה"כ אם מכר הלוקח בנתיים אפי' בשעה שהיה יכול המוכר לחזור כיון שקנה למפרע שלו מכר . אבל יש להסתפק דאפשר לחלק בין תנאי בשב ואל תעשה לתנאי דקום עשה וכה"ג קי"ל בסימן רמ"א דהאומר לחבירו הריני נותן לך כו"כ ע"מ שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו אבל אם א"ל ע"מ שלא תעשה דבר פלוני על הנותן להביא ראיה בבטל תנאו וכו' הסמ"ע שם הטעם דלעולם מוקמי' הדבר כמו שהיה מעיקרא מ"ה לריך להביא ראיה שנשתנה הדבר ולא קיים התנאי עיין שם וה"כ א"ל דהתם דא"ל אם לא הבאתי לך הרי היא שלך מעכשיו מוקמי' הדבר כמו שהיה והרי היא בחזקת המלוה עד שיקיים הלוה תנאו אבל הכא דאין בידו לקיים המקח דיכול המוכר לחזור כל שלא קיים התנאי דכתיבת השטר אינה שלו והרי בחזקת המוכר אע"ג דהאומר שדה זו מכורה לך ע"מ שתתן לי ר' זוז שכ' הרא"ד אם מכר הלוקח תוך הזמן לאח' מקחו קיים דאפילו בתנאי דקום עשה מכרו קיים היינו משו' דביד הלוקח לקיים תנאי אבל הכא דביד המוכר לבטל התנאי אימא כל שלא נתקיים התנאי אינו בחזקת הלוקח ומכרו בטל ומ"ש עוד ה' שמחת יום טוב וז"ל וכן אם מכר או נתן המוכר לאחר קודם כתיבת השטר דאי אמרינן דקנה למפרע אף דכבר מכר לאחר בנתיי' כל שחזר וכתב ללוקח א' זכה בו הא' כיון דקדמה קנייתו

קנייתו בכסף משעה א׳ ע״ש נראה מאי דפשיט״ל להרב דאם המוכר חזר ונתן לאחר בנתיים כיון שחזר וכתב ללוקח א׳ זכה בו הא׳ מיבעיא לי כיון דהמוכר יכול לחזור בו אין לך חזרה גדולה מזו מה שחזר ומכר או נתן ללוקח ב׳ וכעין זה נסתפק ה׳ בית דוד סי׳ ק״ב בשם הרב״א ב״א שמכר לחבירו חפץ וקיבל המעות אבל לא נתן לו החפץ ואח״ך מכר אותו לאחר ומשך הלוקח ב׳ החפץ ונתן המעות אבל הצד היותר נכון שקנה הלוקח ב׳ כיון דהמוכר היה יכול לחזור בו אין לך חזרה גדולה מזו מ״ה שחזר ומכר ללוקח ב׳ עש״ב וה״נ דכוותה כיון דהמוכר יכול לחזור בו אם מכר לאחר בנתיים וכ׳ שטר לב׳ אין לך חזרה גדולה מזו וזכה לוקח ב׳ ומה שחזר וכתב ללוקח א׳ אינו כלום אבל אם מכר ללוקח ב׳ ג״כ בכסף לבד וחזר וכתב ללוקח א׳ אפילו בשטר קני׳ דלא קנה למפרע זכה לוקח א׳ דכתיבת שטר ללוקח א׳ חזרה הוי מלוקח ב׳ :

וישן״ך להרב עדות ביעקב סימן ס״ג דף קנ״ג ע״ב שכ״כ בפשיטו׳ דזכה לוקח ב׳ ע״ש וכדאמרי׳ בבתרא דף מ״ב גבי מחאה דאם מכר לאחר בתוך שלש שנים אין לך מחאה גדולה מזו וכמבואר בסי׳ קמ״ד וקמ״ו עיין שם וכה״ג כתב הרשב״א בתשוב׳ ח״ב סימן קמ״ד במוכר על תנאי שבידו לחזור וז״ל ומכר אותו בית ליהודה אין לך חזרה גדולה מזו כדאמרינן גבי מחאה עיין שם וכן כת׳ בתשו׳ ח״ד סימן ל״ד גבי שעבוד דאקני דס״ל דיכול לחזור בו אם יש הוכחה אמרי׳ שחזר בו מן הא׳ מהך דפ׳ ח״ה עיין שם והביאו הב״י סי׳ ק״ד עיין שם והכא נמי דכוותה וכן מצאתי להרשב״ץ חלק שני סימן רכ״ד שכתב גבי קנין דאם קודם כתיבת השטר מכר לאחר הוי חזרה וכדאמרי׳ גבי מחאה עיין שם וכן כתב הרב בית יהודה סי׳ י״ז עיין שם והרמב״ן בחי׳ שם גבי מנכסיו ולאחר ל׳ יום דמספק״ל אי תנאה הוי ופירש״י אם לא אחזור בי בתוך ל׳ יום כתב וז״ל דא״כ התנאי שלה נמי אם לא חזרה בה וכיון שכן אם קדשה עצמה בתוך ל׳ יום הרי חזרה בה וכו׳ ע״ש והכא נמי אפילו בשט׳ דקנה למפרע כיון שיכול לחזור בו אם מכר לאחר הרי חזר בו והרא״ש בפ׳ האומר דקידושין גבי התקדשי לי לאחר ל׳ יום ובא אחר וקדשה בתוך ל׳ יום כ׳ וז״ל ומדלא קתני אינה מקודשת לא׳ רצה לדקדק דלא פקעו לגמרי קידושי א׳ אלא אם מת ב׳ או גירשה בתוך ל׳ יום חלו קידושי א׳ והכי איתא בירושלמי וכו׳ ודבר תימא הוא דמכי פשטה ידה וקיבלה קדושין מאחר כבר חזרה בה מקידושי א׳ ע״ש וכן כתב הרשב״א דאין לך חזרה גדולה מזו ע״ש וגם הרמב״ן והר״ן שכתב דאין המעשה מוכיח שחזרה בה אלא עדיין דעתה דאם אפשר להם לחול יחולו וכן נראה דעת הרמב״ם ומרן בא״ה סי׳ מ׳ ואם כן הכא נמי אם חזר א׳ בטל המקח לגמרי והו״ל המעו׳ הלואה וה״ה אם מכר לאחר אין לך חזרה גדול׳ מזו והרמב״ן והר״ן לא כתבו אלא דוקא התם דזמן ממילא אתי וכה״ג כ׳ המבי״ט ח״ג סימן קע״ג דאם קודם שהגיע השטר לידו נתן לאחר הוי חזרה ואף ע״פ שהגיע השט׳ אחר כך ליד המקבל הא׳ לא קנה והביאו הרב כנסת הגדולה סימן רמ״ג הגב״י אות י״ד עיין שם :

וראיתי לה׳ גידולי תרומה בשער כ״ב ח״ד שהקשה על הרי״ף דסבירא ליה דבקני׳ לא קנה עד שיגיע השטר לידו דבפ׳ מי שהיה נשוי גבי אימיה דרמי בר חמא וכו׳ כתב הרי״ף וזה לשונו הא עובדא דאימיה דרמי בר חמא מתנת בריא היא בשטר בלחוד בלא קנין וכו׳ דאם אית ביה קנין קיימה בידיה דמאן דקדי׳ אפי׳ שעה א׳ וכו׳ וא״א דאין הקנין כלום בלא מסירה ניחוש דילמא מסרו לשני קודם שמסרו לא׳ ואין לך חזרה מן הא׳ גדולה מזו ומהני׳ חזרה זו כיון דעדיין לא היה לא׳ אלא קנין בלא מסירה וכשחזר ומסרו לא׳ היא חוזרת ממה שכתבה ומסרה לשני ולאו כל כמיני׳ עיין שם הרי דס״ל דמה שנתן לב׳ הוי חזרה מן הא׳ וכן כת׳ הרי״ף בתשו׳ בס׳ תמים דעים סי׳ רי״ח וזה לשונו ואף לדעת אביי שאמר עדיו בחיתמיו זכין לו לא קנה אלא אם הגיע השטר לידו קודם שחזר בו הנותן אבל אם חזר בו הנותן קודם שהגיע השטר ליד המקבל מתנה לא קנה וכולי וכיון שכן לא תתקיים המתנה לרמי בכתיבת שטרו בלפרא וכו׳ כיון שאין לרמי עדי׳ שהגיע שטרו לידו משעת כתיבה שאפ׳ לומ׳ ששטרו של מר עוקבא בא לידו קודם שיגיע השטר של רמי בידו אף על פי שהוא קודם לו בכתיבה וכולי עיין שם הרי שכת׳ דלאביי אע״ג דכשהגיע השטר לידו קנה למפרע משע׳ חתימה אם נתן לאחר בין חתימת השטר למסירתו קנה ופקע קני׳ הא׳ וכן הוכיח הרא״ש בפרק קמא דמליעא מדברי הרי״ף גבי מלא שובר ע״ש וכבר תמה ה׳ בני יעקב דקל״ה על הרמב״ן במלחמות שכתב בדעת הרי״ף הפך זה יעש״ב ואם כן ק׳ שכתב דהכא נמי בשטר קני׳ אמאי זכה הקודם והא כל שלא הגיע השטר לידו לא קנה וניחוש שמא נתן ומסר לשני בין הקני׳ למסירת השטר כמו לאביי :

וראיתי לה׳ שמחת יום טוב סימן ל״ד שכ׳ דנראה מדברי הרדב״ז והמבי״ט גבי שטר הקנאה דלמ״ד לא קנה עד שיגיע השטר לידו אם מכר או נתן בנתיים לאחר לאלתר פקע זכות הא׳ ואף שיגיע לבסוף השטר לידו לא זכה ותמה הרב עליהם דהא שהרא״ש פרק קמא דמליעא גבי בריית׳ דמלא שובר הוכיח מדברי הרי״ף דלאביי דאמר עדיו בחותמיו זכין לו אם קודם שיגיע השטר לידו נתנה או מכרה לאחר אפי׳ הגיע השט׳ לבסוף לא קנה הא׳ נראה דה״ד לענין עדיו בחותמיו דאינו אלא תקנתא דרבנן כמ״ש התוס׳ שם אבל בשטר דקנאה לדידן כיון דזוכה מן התורה משעה ראשונה אלא תלוי ועומד עד שיגיע השטר לידו אם נתן לאחר בנתיים לא פקע קנין הא׳ כיון דהגעת השטר אינו אלא תנאי דלא גמר להקנות אלא בתנאי שיגיע השט׳ לידו וכשיתקיי׳ התנאי זכה למפרע כדאמר בפ׳ מי שאחזו גבי האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאתן לך ר׳ זוז דלמאן דאמר האומר ע״מ כאומ׳ מעכשיו דמי ומקודשת למפרע בקיום התנאי אם פשטה ידה וקיבלה קידושין מאחר קודם קיום התנאי ואחר כך נתקיים התנאי חיילי קידושי א׳ למפרע ופקע קידושי ב׳ ואין ספק דה״ה בנותן מתנה ע״מ כו״כ וקודם קיום התנאי נתנה לאחר דאם נתקיי׳ התנאי זכה הא׳ והכא נמי אף על גב דכל שלא הגיע השט׳ לידו יכול לחזור בו דהוי כאומ׳ זכו שדה זו לפ׳ ע״מ שתכתבו לו את השט׳ דיכול לחזו׳ גם בשדה מכל מקום כל שהגיע השט׳ לידו אח״ך אם נתן לאחר בנתיים אמאי נפקע קנין הא׳ שזכה למפרע מן התורה משעה א׳ עיין שם באורך ונראה דודאי דה״נ במתנה ע״מ נמי אם נתקיי׳ התנאי זכה למפרע משעה א׳ כמ״ש הרמב״ם בפרק ו׳ מהלכות אישות וזה לשונו כל האומר על מנת כאומ׳ מעכשיו דמי וכולי הרי חצר זו נתונה לך במתנה על מנת שתתן לי מאתים זוז תנאם קיים וכולי כשקיימו תנאם תזכה זו בחצר משעה א׳ שהרי נעשה מעשה כאלו לא שם תנאי עיין שם ואם כן אם מקבל המתנה

המתנה נתנה לאחר קודם קיום התנאי כיון שקיי' תנאו לבסוף וזכה למפרע משעה א' מתנתו מתנה וכן כתב הרמ"ה בתשו' סימן רל"ז ומהר"א ן' טוואה סימן ד' עיין שם ואם הנותן נתנה לאחר בנתיים כיון שהמקבל קיים תנאו לבסוף וזכה למפרע משעה א' אין מתנת הנותן מתנה ומצאתי להרשב"א במיוחסות סימן י"א על ראובן שמכ' שדה לשמעון בשט' וקנין והתנה בפני העדי' שיהא שט' המכ' ביד שליש עד ד' שנים דאם לא יתן לשמעון מנה יתן לו השליש השט' ולא יזכה לשמעון בשום קנין אלא עד לאחר ד' שנים ובתוך הד' שנים עמד ראובן ובטל שטר המכר ונתן השדה ללוי בל' קנין כמעכשיו ואף על פי שלא א"ל מעכשיו וכולי ועוד צריכים הנו דלדעת דלאביי דאמר עדיו בחותמיו זכין לו אפילו בשטר דלאו אקנייתא והוא שיגיע השט' לידו אם כתבו וחתמו העדי' וקוד' שהגי' השט' לידו של מלוה מכר הלוה נכסיו ואח"ך נתן הלוה שטר מלוה למלוה זכה המלוה למפרע משעת כתיבת השטר ומוציאין מיד הלקוחות וכולי ומעתה הדבר ברור שלא נתן ראובן המנה לשמעון תוך הזמן ולאחר הזמן החזיר השליש שטר המכירה לשמעון קנה מעכשיו ומתנת לוי בטילה דהרי זה כאומ' קנה מעכשיו ולכשיגיע השטר לידו לאחר ד' שנים דקנה מעכשיו ואע"פ שנתן ומכר בנתיים לאחר דלא גרעי שטרי אקנייתא בשט' זה משטר דלאו אקנייתא לאביי וכולי עכ"ל הרי דס"ל דכל שקנה למפרע אין מתנת הנותן מתנה ולכאורה נראה דה"ד גבי האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאתן לך ר' זוז. דאין האשה יכולה לומ' לא תתן לי ולא יתקיימו הקידושין אלא בע"כ יתן לה ויתקיימו הקידושין למפרע וכן גבי מתנה על מנת שיתן המקב' כו"ך אין הנותן. יכול לומר לא יתן לי ולא תתקיים. המתנה אלא בע"כ יתן לו ותתקיים המתנה למפרע ולכך אם נתנה לאחר בנתים לא זכה אבל הכא דביד הנותן שלא לקיים התנאי וכל שלא נתקיים התנאי יכול לחזור מהמתנה הכא נמי אם מכר או נתן לאח' פקע קנין הא' ואין לך חזרה גדולה מזו מיהו דה"ד למאן דאמר נתינה בע"כ שמה נתינה אבל למאן דאמר נתינה בע"כ לא שמה נתינה ה"נ גבי האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך ר' זוז יכולה האשה לבטל הקידושין שלא תקבל הר' זוז בע"כ כמ"ש הר"ן בפ' מי שאחזו דגם בתנאי דקידושין כה"ג נתינה בע"כ לא שמה נתינה למאן דאמר עיין שם ואם כן אם קבלה מדעתה חלו הקידושין למפרע ופקעי קידושי ב' וכן במתנה על מנת שיתן המקבל:

י"ח לא קנה עד שיכתוב את השטר וכו' כ' מהריב"ל ח"א סוף כלל י"ג דאם יש שבו' שלא לחזור הוי כפי' וקנה בכסף לבד או בשטר לבד עיין שם וכ"ל קצת ראיה ממה שכתב הטור סימן פ"א של"א אמר מנה לפלוני בידי וכו' ונשבע על הודאתו בפני עדים ובא המלו' ותבעו והשיב שלא להשביע את עצמו כוין ונשבע לשקר אין שומעין לו וכו' דחזקה דאין אדם נשבע אלא באמת וברור עיין שם והכא נמי ודאי לא יחזור דחזקה אין אדם נשבע אלא באמת מיהו אפ' דהיינו דוקא בשבו' דלשעבר דלא ילא מפיו שבועה לשקר אבל בשבועת בטוי דלהבא כיון דהשבועה לא ילא מפיו לשקר שהיה בדעתו לקיים שבועתו אלא שאחר כך יצריה אנסיה אפ' לו' דלא ס"ד דלוקא שמא יחזור וכהאי גוונא מבואר בסימן ל"ד דעיב' על שבועת בטוי דלהבא לא נפסל לעדות מהאי טעמא ואף החולקים מודו הכא אבל בעל התרומות סוף שער מ"ב כתב בשם הרי"ף דכיון שאומר זו בשבו' הוי כאלו

נטל קנין עיין שם ואם כן כיון דקנה במעות וקנין בלא שטר הכא נמי במעות ושבועה קנה דשבועה כקנין אבל מהריב"ל סוף ח"ב סימן כ' דקנין אין כאן שבו' אין כאן וכן הסכים מהרא"ב סימן קנ"ב וכתב דמהריב"ל חזר בו עיין שם באורך:

י"ט לא קנה עד שיכתוב את השטר וכולי בתשובות מהרא"ם חלק ראשון סימן מ"ח מבו' דלדעת רוב הפוסקים דשטר הקנאה אפילו לא הגיע ליד המקב' קנה הכא נמי אין צריך שיגיע השטר לידו אבל. לדעת ר"ת והרי"ף דבשטר הקנאה לא קנה עד שיגיע השטר לידו הכא נמי צריך שיגיע השטר לידו עיין שם וכן כ' מהרש"ך ח"א סימן ע"ג דאפילו לא הגיע השטר לידו כיון שנכתב ונחתם קנה דקיימא לן דבשטר הקנאה אפי' לא הגיע לידו קנה עיין שם ונראה דהוי כאומר זכו בשדה זו לפלוני על מנת שתכתבו לו את השטר שכתב הטור ומרן סי' רמ"ג ס"ז דאפי' כתבו לו השטר כל זמן שלא מסרו לידו חוזר דע"מ שתכתבו ותתנו לו קאמר עיין שם אבל הרמ"ה בפ' הספינה סימן כ"ט וסי' ל' כ' דאם כתבו השטר ולא מסרו לידו אינו חוזר בשדה דהתנאי נתקיים בכתיבת השטר עיין שם וה"נ במקום שכותבין שטר דהוי כתנאי לדעת הטור ומרן בעי' שיגיע השטר לידו אבל לדעת הרמ"ה נתקיים התנאי בכתיבת השטר ואי אמרי' דאפי' למ"ד דלא קנה בשטר עד שיגיע השטר לידו מ"מ אם קנה במעות במקו' שכותבין שטר סגי בכתיבת השטר ניחא דאהני קנין מעות במקום שכותבי' שטר משום דבשטר לבד לא קנה עד שיגיע השטר לידו אבל במעות קנה. משעת כתיבת השטר אפי' לא הגיע לידו:

כ' לא קנה עד שיכתוב וכולי כתב ה' כנה"ג בשם מהרש"ך ח"א סימן ע"ג ומהר"ש הלוי סימן מ"ז דאפי' לא הגיע השטר לידו כיון שנכתב ונחתם קנה עיין שם ובסימן קל"ד בגוי שמכר קרקע לישראל דלא קנה כל זמן שלא כתב לו שטר נסתפק ה' כנה"ג אם נכתב בערכאות של גוים ולא הגיע ביד ישראל אם קנה הקרקע ומכח הסברא יראה כיון דהטע' הדבר הוא דסתם גוים אנסים ולא סמכא דעתיה דקונה בלא שטר כיון שנכתב בפנקס שלהם אין לחוש דאם ירצה ילך ליקח וכן מוכח מדברי הטור שכ' כל שלא כתב לו שטר דבכתיבת השטר מיהא קנה אפי' לא הגיע לידו אבל מצאתי בתשו' כ"י למהר"א גאליקו הסכים דכל שלא הגיע ליד ישראל לא קנה וגם שאין ראייתו מכרעת לע"ד כבר הורה זקן עכ"ל ונראה דלדעת מהרש"ך ומהר"ש הלוי ה"נ קנה אפי' לא הגיע לידו שהרי כתב התוס' הטע' דאין דעת ישראל. לקנות אלא כמו שהוא רגיל לקנות עם ישראל בשטר קנין עיין שם וכיון דמישראל קנה בכתיבת השטר אפי' לא הגיע לידו מן הגוי נמי קנה אבל מהר"א גאליקו ס"ל דמישראל נמי לא קנה עד שיגיע השטר לידו וכן ל' רש"י בפ"ק דקידושין עד דנקיט שטרא וכו' וכן כתב הפרישה סימן זה וסימן קל"ד עיין שם וכן כתב מהרשד"ם סי' רל"ב עד דכתב שטרא ונקט בידיה וכולי עיין שם וכן נר' דהוי כאומר ע"מ שתכתבו לו את השטר שכ' הטור ומרן סי' רמ"ג ס"ז אפילו כתבו לו השטר כל זמן שלא מסרו לידו שע"מ שתכתבו ותתנו לו קאמר ע"ש והרא"ש בתשו' כלל ל"ט סימן ז' כ' בשטר מתנה וז"ל ואע"ג שלא הגיע השטר לידה לא גרע כחה כי כל שטרות שכותבין האידנא אינם שטרי קנייה אלא לראיה בעלמא כי הקנייה נגמרת ע"י הקנין הילכך אין צריך שיגיע השטר ליד הקונה וכו' עיין שם משמע דבשטר קנייה דלא קנה אלא

אלא בשטר צריך שיגיע השטר לידו וא"כ נראה לכאורה דה"כ במקום שכותבין שטר קנייה שדי מכורה לך דלא קנה אלא משעת כתיבת השטר בעי' שיגיע השטר לידו אבל בשטר ראיה דקנה משעה א' בכסף אפי' לא הגיע השטר לידו קנה וכן בגוי שמכר לישראל דאינו קונה אלא בשטר קנייה בעי' שיגיע השטר לידו :

כ"א לא קנה עד שיכתוב שטר וכו' נראה דאפילו כתבו שטר לא סגי עד שיגיע שטר לידו

דהוי כאומר על מנת שתכתבו את השטר שכ' הטור ומרן סימן רמ"ג ס"ז אפילו כתבו לו השטר כל זמן שלא מסרו לידו שעל מנת שתכתבו ותתנו לו קאמר עיין שם והרב שמחת יום טוב סימן ל"ד הביא ראיה מדברי הריטב"א בחי' בפ"ק דקידושין שכתב וז"ל אבל הכא וכו' כל זמן שלא נכתב השטר במקום שכותבים את השטר ולא קנה בכסף ולא בחזקה ולא בקנין עד שיכתוב את השטר וכו' ובשטר מלוה שיש בו קנין אומר מור"י נר"ו דדינו כשט' מתנה דמשעת קנין זכה וכו' ואף ע"פ שלא הגיע השטר לידו מועיל אפילו במקום שכותבין את השטר וכו' וראיה לדבר מדאמרינן המוציא שטר הקנאה בשוק וכו' עיין שם הרי אף על גב דסבי"ל דבשטר קנייה לא בעינן שיגיע השטר לידו אפי' הכי במקום שכותבין את השטר לא קנ' אפילו בקנין כל שלא הגיע השטר לידו דאם לא כן מה ראיה מההיא דמצא שטר הקנאה בשו' דשטר מלוה דינו כמתנה התם שאני דכבר נכתב ונחתם השטר עיין שם ואיברא שהרשב"א ח"ב סימן רכ"ד כתב וזה לשונו שלא היתה דעת הגאונים שאומרים שיתקיים המכר בקנין בלא נתינת דמים אלא כשנכתב השטר הקנין במקום שנהגו לכתוב וכו' אבל אם לא נכתב שטר הקנין ח"ו שהיאך אפשר שתסמוך דעתו של לוקח עליו בקנין על פה יות' משטר מכירה דבשט' מכירה לא יקנה עד שיתן הדמי' ובקנין סודר יקנה בלא מתן דמים ובלא כתיבה כלל וכל מה שאפשר ליפות כח הקנין הוא שאם ביד הלוקח שטר קנין כבר סמכא דעתו של לוקח בשטר שבידו וגם דעתו של מוכר סומכת וכו' אבל שיתקיים המקח בקנין בלא כתיבה א"א במקום שכותבין הקנין בשטר ואינם סומכי' ע"פ וכן נראה מדברי אחרונים שהם הכריעו כדעת האומרי' דקנה מדאמרי' בפ"ק דב"מ המוציא שטר הקנא' בשוק וכו' דא"א דלא קנה בק"ס עד שיתן דמים אמאי יחזיר שטר הקנאה של מכירה ללוקח ליחוש דילמא לא יהיב דמי וכו' והיא ראייה בשטר הקנאה אבל בקנין על פה אין מכאן ראייה והבו דלא לוסיף עלה עכ"ל הרי שכ' דאין ראייה מהתם אלא בשט' הקנאה ודבריו תמוהי' דע"כ אפילו בקנין בלא שטר קנה דאל"כ אמאי יחזיר ניחוש שמא לא נתן ולא זכה הלוקח בשטר והרמב"ן והרשב"א והריטב"א הובאו בש"מ למציעא לדף י"ג הוכיחו מההיא דהמוציא שטר הקנאה וכו' דבשטר הקנאה לא בעי' שיגיע השטר לידו הפך ר"ח והרי"ף ע"ש באורך ואם כן איך כתב הרשב"ץ דהיא ראיה בשטר הקנאה אבל בקנין ע"פ אין מכאן ראיה דהא כל שלא הגיע השט' לידו לא קנה וניחוש שמא לא הגיע השט' לידו אלא ש"מ דאפי' בקנין ע"פ קנה ואי ס"ל דבמקום שכותבין השט' (עכ"מ) :

כ"ב לא קנה עד שיכתוב השטר וכו' בכל שטר מיירי בין במקום שדרכם לכתו' שט' שכתו'

בו שדי מכורה לך וכו' בין שדרכם לכתוב שטר ראיה וכו' הסמ"ע ואין נראה כן מדברי מהרשד"ם חא"ה סי' ק"ע כנסת הגדול' הגב"י אות י"א ע"ש וז"ל מהרשד"ם

והיה א"ל דהיינו שטר קני' שדי מכורה לך וכו' אבל שטרות שלנו שאינם שטרי קנין אלא לראייה לא וכמו שנראה מדברי הטור סימן קל"ח אבל בשאר קרקע לא קנה בשטר עד שיתן הדמי' וגם יכתוב לו שטר במקו' שנוהגי' לכתוב שטרות והשטרו' שכותבין עתה אינם אלא לראייה ואין הקרקע נקנה על ידם משמע דשטרות לא מעלים ולא מורידים וכו' ואם כן לדידן דלא כתבינן אלא ראייה כיון שנגמר הקנין בד"א אין צריך לענין הקנין אבל אחר שרבו הפוסקים דגם שטרי דידן הוו שטרי קני' חזר הדין למקומו עכ"ל הרי דס"ל בהדיא דבמקום שכותבים שטרי ראיה קנה בכסף לבד אלא רוב הפוסקים סב"ל דשטרי דידן שטרי קני' הם מיהו מדברי הר"ן והמ"מ שהביא מרן הב"י סי' זה מבואר דשטר הודאה כעין שלנו שכותבין בפנינו הודה פ' ופ' שמכר וכו' הוי שטרי ראיה כמ"ש הר' ברצלוני בתשו' סי' ל"ד וכן כתב מהרשד"ם עצמו חח"מ סימן רכ"ה וסימן רס"ה עיין שם ואם כן חזר הדין דאפי' לא נכתב השטר קנה בכסף לבד ומרן בתשו' חא"ה בדיני כתובה סימן ו' על א' שקנה שפחה שכ' וזה לשונו דאין לומר שאף על פי שנתן כסף לא קנה דאמרינן בפרק קמא דקידושין גבי קרקע וכו' אבל במקום שכותבין שטר לא קנה עד שיכתוב שטר דהכא נמי הרי כתבו לו שטר ואף על פי שיש אומרים דשטר שאמרו היינו שדי מכורה לך אבל שטרי דידן לא כבר כ' המפרשים שכדברי האומרים דשטרי דידן נמי מהני עיקר ועוד דאפילו לדברי החולקים ע"ז כיון דבז"הז אין אנו נוהגים לכתוב שטרי דשדי מכורה לך הו"ל מקום שאין כותבין שטר וכו' עיין שם ונראה דר"ל דאפי' למאן דאמר דשטר ראיה אין קונים בו במקום שכותבין שטר לא קנה עד שיכתוב שטר קנין ולא מהני שטר ראיה היינו דוקא במקום שנהגו לכתוב שטר קנין אבל בז"הז דאין נהוגים לכתוב שטר דשדי מכורה לך הו"ל מקום שאין כותבים שטר קנה וקנה בלא שטר דשדי מכורה לך אבל ודאי דבלא שטר כלל לא קנה אלא עד שיכתו' שט' ראיה וכן הבין הרב כנסת הגדולה אות י"ז ע"ש וא"כ הכא נמי לדידן הוי שטר קניי' כגון בל' עבד מכרתי לו וכו' אבל בל' העדים בפנינו הודה פ' שמכר וכו' הוי שטר ראיה ובמקום שנהגו לכתוב מכרתי לו וכו' לא קנה בכסף עד שיכתוב לו שטר קני' אבל אם כתב לו שטר ראיה הודה פ' שמכר וכו' לא קנה אבל מהרשד"ם חח"מ סימן רמ"ז כתב וזה לשונו ואף על פי שי"ל דה"ד שט' הקנאה שכותבין שדי מכורה וכו' אבל שטרי דידן דאינם אלא שטרי ראיה לא איברא שכ"כ מדברי הרא"ש והטור סוף סימן קל"ח וכו' אלא שרבים וגדולים כ' דגם שלנו יש להם הדין בעצמו כמ"ש הר"ן דבכל שטר עסיקינן וכו' וכן דעת הרשב"א וכן בה"ע והמ"מ כ' וז"ל בשטר וכו' הסכימו המפרשים דה"ה לשטרי דידן וכו' עכ"ל הרי שהסכים דבשטר ראיה קנה למפרע בכסף וכ"כ הרמב"ן בחי' בפרק קמא דגיטין גבי שטר מכר בעש"ג וז"ל ואי ק"ל היכי אמרי' הכא מכר מדיהיב זוזי קמייהו קנה הרי אמרו אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה עד שיכתו' את השט' ואין זה שטר לקנות בו לא תטעה בזה דהתם ה"ע משום דלא ס"ד עד דכ' שטרא לראיה אבל כשנכ' בכסף קנה הילכך אף כאן קנה בשטר ערכאות עכ"ל הרי דס"ל דבשטר ראיה קנה למפרע בכסף וז"ל הר"ן בכל שטר עסיקי' דכיון שדרכם לכתוב את השטר לוקח לא סמכא דעתיה עד שיכתוב את השטר ואפילו בשטר הודאה מיהו במקום שנהגו לכתוב שטר קניה תולה קנייתו

הלוקח אפילו במקום שכותבין שטר ולא חיישינן שמא חזר הלוקח :

כ"ו כתב הרב פני משה ח"ב סימן פ"א וז"ל אם ראובן זה בשעה שכ' שט' קנין הקרק' על שם לוי לא הודיע לבעל השדה ולשהדי וכו' הפ' דזכה לו באותו קרקע אף שהקנה במעות ראובן כיון דבשעת קנין נעשה על שם לוי אפשר דלזכות הקרקע ללוי נתכוון ראו' ומשעת הקנין זכה לוי אף על גב דלא מטא שטר' לידי' וכו' ור"ת והרי"ף שכתב דכי מטא שטרא לידיה הוא דקנ' משעת הקנין למפרע וכו' כבר נדחית סברא זו וקיימ"ל דמשעת קניה זוכה וכו' וכתב עליו הר' מהר"א רוזאנים וז"ל אין צריך בכאן לדחות סברת ר"ת והרי"ף דכיון שמי שנכתב על שמו הוא מקבל מתנה לכולי עלמ' לא בעי' דלימטי שטרא לידיה אלא כל שקנו מידו קנה ולא פליגי אלא גבי מוכר ולוקח מטעם דלא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא וכן קבלתי מרבותי גבי ההיא דאמרינן בקידושין דבמקום שכותבים שטר לא קנה עד שיכתוב השט' דדוקא איירי במוכר ולוקח אבל במקבל מתנה דלא יהיב זוזי סמכא דעתיה בכל דהו זה מה ששמעתי מפיה' ומה' יש ללמוד בכאן זה נראה לעניות דעתי עכ"ל הביאו ה' משנה למלך בפר' ראשון מהלכות מכירה עיין שם ודברי רבותיו הם דברי הריטב"א בחי' בפר' קמא דקידושין וז"ל ואי ק"ל הא דאמרינן לקמן שני שטרות הן זכו בשד' זו לפלוני וכתבו לו את השטר חוזר בשטר ואינו חוז' בשדה וההיא אפילו במקום שכותבין את השטר וכו' ואפשר לו' דההיא איירי בשטר מתנה והתם אפילו במקום שכותבין את השטר קנה לאלתר בחזקה ובקנין אף ע"פ שלא נכת' השטר דכיון דקנו מידו אי אחזקינן בארעא גמר ויהיב הוא אבל הכא בין מוכר ובין לוקח וכו' עכ"ל וכתב ה' בית דוד חא"ה סימן מ"א נראה לעניות דעתי יחיד הוא בדבר מדלא כתבו הפוס' אי' זה מיהו מהרא"ד"ב בס' לאס רב בסי' קמ"ב ס"ל דסברא זו אין חולקים עליה עיין שם וכן ראיתי להרב פני משה ח"א סוף סימן ס"ד והביאו ה' כנסת הגדולה בסימן זה אות כ"ז עיין שם ושם הביא דברי הריטב"א עיין שם ואני מצאתי למהר"ם בתשובותיו הארוכות סימן תתק"ז על מתנה שקנה אותה בחזק' שכ' וז"ל ואי קש"ל הא דאמר רב וכולי במקום שכותבין את השטר לא קנה עד שיכתוב את השטר וכאן מקום שכותבין השטר הוא ולא קני הא ל"ק דכי אמר רב הכי במכר אבל במתנה בשטר לחודיה או בקנין לחודיה או בחזקה לחודיה סגי עכ"ל הרי דסביר"ל דאפילו במקום שכותבין את השטר במתנה סגי בקנין או בחזקה לחוד וכן ראיתי בחי' קידושין שלא נודע למי שכ' דלא אמרו גבי חזקה ל"ש וכו' דאי בשטר מתנה מיירי לא שייך ל"ש במקום שאין כותבין וכו' עיין שם וכי האי גוונא כתבו התוספו' בקידושין דף כ"ו בד"ה בד"א וכו' כתבו וז"ל ואם תאמר מאי קאמר יפה כח חזקה מכח כסף והלא חזקה אינה מועלת בלא כסף ואומר הר"ח דבמתנה מיהא קנה כולם כשהחזי' אחד מהם בלא כסף עיין שם אלמא אף על גב דבמכר לא קנה בחזקה באחד מהם בלא כסף במתנה קנה אבל לענין אם קנה בקנין ושלא הגיע השטר לידו כבר הרב משנה למלך הביא דברי המ"מ בסוף הלכות גזילה שכ' גבי מלא שטרי מתנה דלא יחזיר לזה ולא לזה מחלוקת הראשונים עיין שם וכן הוכיח המבי"ט חלק א' סימן קפ"ח מדברי המ"מ הנז' דגם במתנת בריא בקנין בעינן שיגיע השטר לידו לדעת הרי"ף ור"ח עיי"ש ועוד נעלם ממנו תשובת הריטב"א שהביא מרן הרב ב"י סי' רמ"ג ותשוב' הר"ן סימן ל"א והנ"י בפר' קמא דמליעא והריב"ש סימן קס"א והובאו בבית יוסף סוף סימן ע"ל דמבואר שם דפליגי גם במתנה :

כ"ז דין א' התנה הלוקח וכולי אם יש שבועה הוי כפי' וקנה בכסף לבד מהריב"ל חלק א' סוף כלל י"ג והרב משנה למלך ריש הלכות מכירה הק' עליו מדאמרינן בפרק קמא דקידושין איבעיא להו תחלת ביאה קונה או סוף ביאה קונה נ"מ לכהן גדול דקנה בעולה בביאה וכתבו הראשונים דאם פי' בהדיא שדעתו לקנות בהערא' קנה ולא מ"ל אלא בסתם וא"א דכ"ג דקנה בתולה בביאה כיון דאם דעתו לקנות בגמר ביאה עבד איסורא הוה ליה למימר דאפילו בסתם הוי כפירש שדעתו לקנות בהעראה ואי' בין היכא דהוא בדא האיסו' לאיסור הבא מאיליו עיי"ש באורך ולדבריו הכא נמי אם נשבע אחד שלא יקח בעולה מותר לקדש בתולה בביאה אפילו בסתם מה"ט דהוי כפיר' שדעתו לקנות בהעראה ונראה דדוקא בשבועה כתב מהריב"ל דהוי כפירש משום דאיסור שבועה ידוע וגמר ומכר בכסף לבד אבל התם דין דאשה נקנית בהעראה אינו מוסכם ולא כוליה עלמ' דינא גמירי וכי האי גוונא כתבו התוספות במליעא די"ד גבי מקדש אחותו דאמר שמואל אדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם מתנה אבל גבי המוכר שדהו בשעת היובל דאמר שמואל מעות חוזרין ל"ל אדם יודע שאין מכר ביובל דאין זה פשוט דהא א"ר מכורה ויוצאה עיין שם וכן כתב הרשב"א ח"ד סימן רע"ג גבי המשאיל לחבירו טבעת לקדש בו אשה וז"ל מאי אמרת אדם יודע שאין מקדשין בכלי שאול וגמר ונתן לשם מתנ' לא היא חדא דלאו כוליה עלמא האי דינא ידעי וכו' ואינו דומה למקדש אחותו ולא למכיר בה שאינה שלו דבהנך לא טעו אינשי אבל הכא רובא דעלמא טעו בהו וכולי עיין שם והרא"ש בפר' קמא דקידושין כתב וזה לשונו וכן בנדון זה המשאיל טבעת לאוהבו לקדש בו את האשה אנן סהדי שדעתו ליתנו לו בכל יפוי לשון וכח שיועיל וכו' ואם לא יועיל לשון שאלה יתפס בו לשון אחר שיועיל ל' קידושין דכ"ע לאו דינא גמירי והיו סבורים שיועיל לשון שאלה וכו' ע"ש מבואר דסבירא ליה דלא אמרי' אדם יודע שאין מקדשין בשאול וגמר ונתן לשם מתנה דלאו כולי עלמא דינ' גמירי ומהאי טעמא אמר לשון שאלה אלא דכיון דמסרו בידו לקדש בו ודאי דעתו דאם לא יועיל לשון שאלה יועיל ל' מתנה ואם כן התם דאם לא ידע דאשה נקנית בהעראה ודעתו לקנות בגמר ביאה עבד איסורא אבל הכא משום דאיכא שבועה הוי כפיר' שיקנה בכסף לבד ושוב ראיתי למהריב"ל בסימן ל"ב שכתב ואף על פי שיש לחלק דהיינו דוקא כשהדין ברור וכולי מ"מ על חילוקים דקים ושנויי דחיקי לא סמכינן להוציא ממון והרב קהלת יעקב דקכ"ד ע"ד תמה עליו מדברי התוספות עיין שם ולא קשה מידי דהתם דלשם המכירה נתן המעות לא אמרינן לשם מתנ' אלא באומדנא ברורה כגון מקדש אחותו דהדין פשוט ועוד שהרי כתב בעל התרומות שער מ"ז וז"ל ונסתברא דהוא הדין מפחות מבן עשרים שמכר בנכסי אביו ומי שלקח מקח באסמכתא כל אלו הוו כמכיר בה שאינה שלו ויודע שהמקח לא יתקיים וכו' אלמא מסתמא אמרי' אדם יוד' וגמר ונתן לשם פקדון או לשם מתנה :

סימן קצ"א

א' דין א' אף על פי שאין עדים כלל ראובן שכ' שטר

שטר מתנה לשמעון על קרקע וקנו ממנו וכתבו לו את השטר ואחד מהעדים קרוב חתום בשטר ורצה ראובן לחזור אפילו הוא מודה בקנין הדין עמו דבשלמא אם אמר קנו ממני שדה שנתתי לו שדה פלו' שאף ע"פ שהעדים פסולים כיון שהוא מודה שקנו ממנו זכה אבל הכא שאמר כתבו לו שטר מתנה ועל ידי השטר יזכה בשדה לא גמר להקנותו אלא על ידי השטר ושטרא בעלמא הוא כיון שהוא מזוייף מתוכו ואם אמר קנו ממני שנתתי לו שדה וכתבו לו שטר מתנה אין השטר אלא לראיה בעלמא ואפי' נמצא פסול לא בטל' המתנ' כיון שהוא מודה בקנין וזהו אמת ודוק הרדב"ז ח"ב סימן תפ"א עיין שם ובזה ניחא מה שכתב הטור בסימן ס"ו סעיף כ"ב והם דברי בעל התרומות שער כ"א ח"ד ופסקו מרן בסי' ל"ז סי"א ובסימן ס"ו ראובן שיש לו שטר חוב על שמעון ונתנו ללוי בכסף ומסירה והיה שמעון אחד מעדי המתנה פסול עיין שם ושוב ראיתי להרב כנסת הגדולה בסימן רמ"א אות י"א שהאריך עיין שם ודלא כהרב משאת דרבותא סימן קכ"ג עיין שם :

ב' דין ב' במה דברים אמורים במוכר שדהו מפני רעתה וכו' וכן כתב הרמב"ם בפ"א מה' מכירה והסמ"ג עשין פ"ב עיין שם בנ"מ ונראה דגרסי' בפח"ה דף כ"א רב ביבי מסיים בה משמיה דר"נ במתנ' בקש ליתנה לו וכן גירסת הרמ"ה סימן ר"ג עיי"ש וכן כתבו הר"י והרשב"א בש"מ שם וז"ל המוכר שדהו מפני רעתה קאי ולאו למימרא דבמתנה בקש ליתנה לו בלא דמים וכו' אלא הכי קאמר בלשון מתנה בקש ליתנה לו כדי שיקנה הלוקח מיד בשטר ולא יוכל לחזור בו ולמה כתב לו בלשון מכר כדי ליפות את כחו מפני האחריות וכו' ושמע מינה דבמכר נמי אף על פי שאינו מוכ' שדהו מפני רעתה היכא דכתב לו לשון מתנה קנה בשטר בלא דמים דהכא נמי כמאן דפריש ואמר תקנה בשטר כדין מתנה כיון שכתב לו לשון מתנה עכ"ל וז"ל רב האי גאון בספר המקח שער י"ג הדרך השני שהשטר קונה לבדו כגון שמכר שדהו מפני רעתה וכו' כדגרסי' בשטר כיצד וכולי ואסיקנא במוכר שדהו מפני רעתה ואמר רב אשי במתנה בקש ליתנה לו ולמה כתב לו לשון מכר כדי ליפו' את כחו עיין שם נראה דסבירא ליה דרב אשי מפרש טעמא דמוכר שדהו מפני רעתה דקנה דמשום במתנה בקש ליתנה וכו' כמו שכתב המ"מ עיין שם והלח"מ הק' דאם כן אמאי אמר ולמה כתב לו לשון מכר כדי ליפות את כחו ת"ל דקנה מפני שהוא נתנה לו במתנה בלא הכי ודוח' לומר דל"ג כן עיין שם ומדברי רב האי משמ' דרב אשי מפרש דרב המנונא וגרים ולמה כתב לו לשון מתנה כדי ליפות את כחו אבל ראב"ן דף קל"ד ע"ב כ' וז"ל אבל מוכר שדהו מפני רעתה קנה אף על פי שלא נתן דמים ולא מלי למהדר ואם במתנה רוצה ליתן וכת' לשון מכירה וכולי קנה אף על פי שלא נתן כלום וכגון דידעי סהדי במתנה בקש ליתן לו וכו' עיין שם מבואר דסבירא ליה דרב אשי אוקמתא אחרת קאמר דבמתנה רצה ליתן וכתב לשון מכירה ואפילו הכי קיימא לן דמוכר שדהו מפני רעתה קנה אם כן אפשר שכן דעת רש"י והרמב"ם כמו שכתב מרן בכ"מ ובב"י עיין שם :

ג' לא קנה עד שיתן הדמים וכו' ואפילו מכר הלוקח חפציו בזול יכול המוכר לחזור ואינו חייב לו מה שהפסידו במכירת החפצים שהרי כתב הטור בסימן קע"א סל"א בשם הרמ"ה וז"ל ואם טען נתבע לא בעי' למטרח בתר זוזי וכולי הדין עמו דילמא אזיל ומזבין ליה בזול והדר ביה תובע אדינא דגוד או איגוד ע"ש משמע דיכול התובע לחזור אפילו הלך חבירו ומכר חפציו בזול כדי לאגוד ואין התובע חייב לשלם מה שהפסיד הנתבע כמ"ש ה' בית דוד סימן ק"ז ע"ש וכן משמע מדברי הגאונים בתשו' כמ"ש בסימן פ"ב ס"ג ע"ש וכן מוכח בהדיא מפ' האומנים גבי מי שמכר שדה לחבירו באלף זוז ונתן לו מעות מאתים זוז מהם בזמן שהמוכר חוזר וכולי מגביהו מן העידית וכו' רב אחא בריה דרב איקא אמר אפילו תימא מעידית דנכסיו שתם מאן דזבין ארעא באלפא זוזי אוזיל ומוזיל ומזבין נכסי' והו"ל כנזק וכו' וכ' התוס' ל"ד מזיק שהרי אינו משלם אלא כפי המעו' שקיבל אלא קלא דימוהו למזיק ליטול חובו מן העידית ע"ש אלמא אינו חייב מה שהפסידו אלא דנוטל חובו מן העידית אבל אם לא נתן לו מעות אינו חייב כלל והרא"ש והטור בסימן ק"ן פסקו כן אבל אנן קי"ל דאפילו נתן לו מעות לא עשאוהו כמזיק ליטול חובו מן העידי' ע"ש בב"י ועיין בה' פנים מאירות ח"א סימן פ"ב :

ד' לא קנה עד שיתן הדמי' ואם התנה שיקנה בשטר לבד אין יכול לחזור דכל תנאי בממון קיים כמ"ש התוספות רי"ד והרמב"ן והרשב"א והריטב"א בחי' לקידושין וכבר ה' עדות ביעקב סי' ס"ג וה' בית דוד סי' ק"ה השיגו על מהריב"ל ומהרימ"ט עיין שם ומהרא"ח ח"ב סימן ב' פי' כן דברי התוס' בבתרא דנ"א בד"ה למה וכו' וז"ל. ועי"ל דנ"מ דמ"ש בלשון מתנה שא"ן ליתן דמים מיהו ק' לטעם זה דלאמאי בעי בשטר באיקני סגי ר"ל אפילו לא כתב ניק לשון מכר וא"ל דאיקני בשטר בלא נתינת דמי' סגי וכן מצאתי דין זה בדברי ר' ישעיה עיין שם ונעלם מכולם דברי רב האי בס' המקח שער י"ג דכ"ו ע"ב וז"ל הדרך הא' שהשטר קונה לבדו כגון שפי' לוקח למוכר וא"ל בתחילה אי בעינא בכספא אקני אי בעינא בשטרא אקני דכה"ג אי פריש פריש וכו' הדרך הב' שהשטר קונה לבדו כגון מכר שדהו מפני רעתה וכ' לו את השטר קנה מיד בנתינת השטר לבדו וכו' עכ"ל הרי אפילו במכר שדה טובה בשטר אם התנה שיקנה בשטר לבדו קנה מיד וכן כתב בעל העיטור דמ"ב ע"ש ונראה דה"ה אם מחל לו המעות קנה בשטר כמ"ש בסי' ק"ן דאם מחל על כתיבת השטר קנה למפרע במעות עיין שם ומה שהק' מהר"ש הלוי סימן מ"ז דא"כ פריך לשמואל מדתני' כיצד בשטר וכו' אימא דמיירי בפי' שיקנה בשטר לבד עיין שם לק"מ (א"ה עכ"מ ואח"כ מצאתי מיהו וכולי) מיהו ה"ד בשטר קנין כיון דמועיל לקנות במתנה או במוכר שדה רעה אבל בשטר ראיה דלא קני כלל לא מהני תנאי וכן נראה מדברי הר"ן והריטב"א כמ"ש ה' בית דוד שם עש"ב וכן כתב בהדיא הרשב"א בחי' שם וז"ל ולענין שטר איכא דמ"ד דהני שטרי דידן שטרי ראיה הם ולא שטרי קנין וכולי וא"כ פירש אי בעינא בשטרא אקני וכתב לו בשטר בזה לא קנה וכולי עיין שם וכן מוכח בהדיא מדברי הר"ן שכתב ושמעתין מוכחת דבשטר קנין עסיקי' מדאמרינן אי בעינא בשטרא אקני וכולי ע"ש וכן כתב הרמב"ן בחי' במתני' דבהמה גסה נקנית במסירה וכו' וז"ל הריטב"א בחי' לשם והוי יודע שכ"מ שאמרו חכמים שאין קנין מן הקניינים קונה אע"פ שפי' המוכר והלוקח שיקנה בו אינו קונה :

ה' אם הקנה לו קרקע בחוב שחייב לו המוכר וכתב לו שטר מכורה לך קנה בשטר דודאי גמר להקנותו לו במה שחייב לו כבר וכן כתב הרשב"א בתשו' הביאה הב"י הסמ"ע וכן כתב המ"מ בפ"ז מה' מכירה

עיין

עיין שם וכן כתב הריטב"א בחי' וז"ל וכת' וכי נתן לו דמים ל"ל למקני בשטר ליקני בכסף וכו' א"כ בשנתן לו דמים שאין ראוים לקנות כגון מלוה דאע"ג דלא קני בכסף קני בשטר הקנאה אם פרע לו כל הדמים וכולי ע"ש וכה"ג כתב הרמ"ה בפח"ה סימן רי"ז וז"ל מהא שמעי' דההיא דקני כ"ש נעל וגדר ופרץ כל שהו בפניו הרי זה חזקה במכר קאי אלמא במכר נמי קני בחזקה ודוקא במוכר שדהו מפני רעתה א"כ כגון דהו"ל ללוקח זוזי גבי מוכר ולקח ממנו שדה זו בהלואתו דאע"ג דלא קני בהני זוזי דהלואה לא קני במכר כדמוכח בקידושין כיון דלא מחסר' זוזי גוביינא קני בחזקה וכו' עכ"ל הרי דס"ל לא קנה בחזקה עד שיתן דמים כמו בשטר וכ"כ בסימן ו' וסימן ר"ג ואפ"ה אם היה חייב לו מעות קנה בחזקה וה"ה בשטר וכן מוכח בתוס' בקידושין דכ"ז בד"ה בד"א וכולי וז"ל וא"ת ומאי קאמר יפה כח חזקה מכח כסף והלא חזקה אינה מועלת בלא כסף וכולי והר"ש מאייבר"א פי' שנתן דמים כולן כגון שהמוכר היה חייב ללוקח מעות והשתא ניחא דבאותם מעות לא היה קונה וכו' ובהא איכא יפה כח בחזקה שקונה בלא כסף עכ"ל נראה דס"ל דקנה בשטר אפילו במלוה דלא קתני יפה כח חזקה מכח שטר אלא דקנה הכל בחזקה דא' מהם לאפוקי שטר דאם כתב שטר על א' מהם לא קנה הכל הא לא"ה קנה בשטר בלא כסף בעין וכן נראה לי ראייה מהירושלמי פ"ק דקידושין דר' ירמיה ס"ל דלא קנה בשטר עד שיתן דמים ור' יונה ור"י ס"ל אפילו לא נתן כסף קנה מתני' מסייע' להו מכר לו עשר שדות כא' כיון שהחזיק בא' מהם החזיק בכולן אבל אם (עכ"מ והלשון חסר) ומדברי בעל התרומות שער ס"ד ח"ג מוכח דלא קנה בשטר עד שיתן דמים ולא מהני במלוה כתבתי דבריו בסימן ק"ן וכן כתב בעל העיטור בדיני אגב ד' ז' ע"ד ובדיני אפותיקי דמ"ב עיין שם וכבר ה' משנה למלך פ"ז מה' מכירה תמה על בעל התרומות עיין שם ומ"מ נר' דנקיטי' כדעת הרמ"ה והרשב"א והריטב"א וכן נראה דעת התוספות כמו שכת' מיהו ה"ד בשטר קנין אבל בשטר ראייה לא קנה דאם במעות הלואה אין קרקע נקנה במלוה ואם בשטר אין קרקע נקנה בשטר ראייה וכן נראה מדברי הר"ן והריטב"א בפ"ק דגיטין גבי שטרות העולים בערכאות של גוים עיין שם באורך וגם למאי דקיימא לן דשטרי דידן שטרי קנייה הם מכל מקו' בלשון הודאה כעין שלנו שכותבים בפנינו הודה פ' שמכר וכולי הוו שטרי ראייה כמבואר בדברי הר"ן פ"ק דקידושין וכמ"ש ר' בצלאל בתשובות סי' ל"ד ומהרשד"ם סימן רכ"ה וסימן רס"א ומהרח"ש ח"א סימן ל"ג ע"ש וכן כתב הסמ"ע סימן ע"ש וא"כ אם הקנה לו קרקע בחוב וכתב לו שטר ראייה לא קנה ומהרש"ך ח"ב בנוספות סי' כ"ד כך כתב בלשון אפשר ונסתפק בדבר עיין שם ולי פשוט דלא קנה וכבר השיגו מהרח"ש ח"א סי' ל"ג וכן ראיתי לה' כנה"ג בתשובות סי' ר"ט דף רס"ב וה' בית דוד סימן ק"ע עש"ב אבל ראיתי להמבי"ט ח"א סי' רמ"ט שכ' במתנת קרקע אגב קרקע דאם כתב שטר קנה אפילו לדעת הרא"ש דשטרי ראייה הם ומדמי לה למקנה לו שדה בחוב דאם כתב לו שטר קנה עיין שם נראה דסבירא ליה דאפי' כ' שטר ראיה קנה בחוב ונראה דלמאי דקי"ל דהקונה במלוה הוי כמי שנתן דמים ובקרקע קנה כמו שפסק הרמב"ם ומרן בסי' ר"ד עיין שם א"כ אפילו במקום שטר ראייה קנה במלוה ובשטר אבל למ"ד דבמלוה לא קנה אם כתב שטר ראייה לא קנה אלא בשטר קנין :

ן' ואמר המגיה מצאתי כתוב דף א' דשייך לסי' קנ"א וז"ל ומהרא"ד"ב וכולי ולא מצאתי תחילת הלשון ולא נמנעתי מלהעתיקו) ומהרא"ד"ב בס' לחם רב סימן קנ"ג נסתפק אם זקף עליו הקונה במלוה ומסר אפותיקי דא"ל דלא אמרי אלא נתינת דמי' משמע דכל דלא מטא לידיה לא סמכא דעתיה ובעל העיטור כתב בריש מאמר ג' ירושלמי בשטר ע"מ שלא ליתן אבל ע"מ ליתן כסף לא קנה עד שיתן כסף ש"מ דמים היינו כסף ע"כ ונ"ל כוונתו בדמי' שאמרו בכל מקו' לא תימא שוה כסף דכיון שנתן לו שוה כסף אע"פ שעשה עמו ליתן כסף מהני ומקרו דמים אלא צריך שיתן לו כסף ממש וטעמא משום דמי שמוכר קרקע הוי מפני שדוחק למעות צריך שיתן לו מעות ולא דבר אחר עיין שם ולא ראה דברי הר"ן בפ' מי שהיה נשוי שכתבתי בסימן ק"ן דין ב' ס"ז דס"ל בהדיא דאם זקף עליו במלוה הוי כפירעון וכן נראה מדברי הרמב"ן במלחמות בפ' האומנים ע"ש ומה שפי' הירושלמי דע"מ ליתן את הכסף לא קנה עד שיתן הכסף דלא מהני שוה כסף אלא כסף ממש מהרימ"ט בחי' על הרי"ף ריש קידושין נסתפק אם נתינה בע"כ מהני אפילו בשוה כסף כגון שאמר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך מאתים זוז ונתן לה שוה כסף והיא אינה רוצה מהו א"כ הלוהו על השדה וא"ל אם אין אתה נותן לי מכאן ועד י"ב חדש הרי היא שלי ובא ליתן לו שוה כסף עיין שם וה"ה במכר קרקע ע"מ ליתן כסף ונתן לו שוה כסף מדעתו ודאי קנה (א"ה עכ"מ) :

ז' דין ג' שטרי דידן שטרי קנין הם כן הוכיח בעל העיטור במאמר ג' והג"י בפרק ח"ה וז"ל מכאן דקדק בעל העיטור דשטרי ראיה שאדם כותב מכרתי שדה פ' לפ' יש בו קנין כאלו כתב שדי מכורה לך דאי לא מאי קו' דילמא בשטרי ראייה וכו' וכן דעת הרמב"ן אלא שהרא"ה חולק ע"ש ומהרש"ל בתשו' סימן ב' דחה ראייה זו והסכים דשטר קנין ה"ד שדי מכורה לך וכן נראה דעת הרמב"ם עיין שם אבל הרדב"ז חלק שני סימן כ"ט כ' כיון שהרשב"א והר"ן כת' דברי בעל העיטור סתם משמע דהכי ס"ל ואין לזוז מדבריהם עי' שם וז"ל הרשב"א בחי' לקידושין ד' כ"ו ולענין שט' איכא מ"ד דשטרי דידן שטרי ראייה הם וכו' ושטרי קנין כגון שכתב שדי מכורה לך שדי נתונה לך וליתא מדאמרינן בפרק חזקת הבתים וכו' ואף על פי שיש לדחות ראיה זו כך נראים הדברים שאף על פי שאינו כתוב והריני מוכר לך אלא ומכרתי לו לאו שט' הודאה הוא אלא שט' מכר וכו' וכההיא שאמרו בגיטין פרק השולח נתתי שדה פ' לפ' וכולי ואמרינן עלה וכולן בשטר וכולי ואם מדין הודאה אין צריך לשטר מיהו יש שמפ' שם דאקנינהו לו נתונה לו קאי אבל נתתיה לו אין צריך קנין וקנה מדין הודאה והא' עיקר עכ"ל וכן הוכיח הר"ן בפ"ק דקידושין מההיא דפ' השולח וסיים וכן דעת בעל העיטו' והרשב"א ע"ש הרי דהרשב"א והר"ן ס"ל בהדיא דאפי' בשט' שכתו' בלשון עבר מכרתי לו הוי שטר מכר וקנה בו וכן כת' הרמ"ה בפ' חזקת סימן כ"ג עיין שם א"כ דעת בעל העיטור והרמ"ה והרמב"ן והרשב"א והר"ן דאפילו בלשון עבר הוי שטר קנין וכן כ' הרשב"ץ ח"א סימן י"ג ח"ג סי' ככ"ה והרשב"ש סי' רע"ט עיין שם ומדברי הרדב"ז מוכח בהדיא דאפי' בלשון כנ"ד שכ' בשטר אט מעידים איך מכר פ' לפ' בית פ' וכו' הוי שט' קנין אבל הרדב"ז סימן תרל"ד כ' דשטר ראייה כשטרות שלנו אין קונים:

בכם

בהס עיין שם וכן כתב הרשב"ץ בתשו' שם דשט' בלשון העדים פ' מכר לפ' אינו מועיל לקנות ומהריק"ש בתשו' בס' אהלי יעקב סימן ג' כ' דשטרות שלנו שכותבין כך בפנינו מכר פ' וכו' גרע משטר הודאה ולכ"ע לאו שט' קנין הוא עיין שם ובאמת בדברי הר"ן והמ"מ שהביא מרן הב"י סי' ק"ן מבוא' דשט' הודא' כגון שלנו שכותבין בפנינו הודה פ' שמכ' וכו' הוי שט' ראייה וכ"כ מהרשד"ם סימן רכ"ה וסימן רס"ה עיין שם וכן נראה דעת מרן סימן ס"ו דין י"ד שפסק דשטר ראייה אינו נקנה בכו"מ דמיירי בשטר שהוא בלשון העדים ע"ש בהס"ך ס"ק מ"ה:

ח' דין ד' הלוקח נאמן כ' מהרימ"ט סימן ס"ו וז"ל ואי ק' כיון שהמקח תלוי במעות והתנאים בקום עשה נימא על הלוקח להביא ראיה שקיים התנאי כי היכי דאמרינן בפר' מי שאחזו על מנת שתתן לי ר' זוז וכו' והעלה הר"ן דהאו' לחבירו הריני נותן לך סך כך וכך על מנת שתעשה דבר פ' על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו ויש לומר דשאני תנאי מפורש מהיכא שאינו מפורש דהיכא שפי' בהדיא על מנת כך לוקח מוזהר טפי לכתוב בשטר והעד עדים מאחר שיודע שהשטר מפרש שהמכר היה על תנאי ואינו מוחז' במכר עד שידעו הכול' בקיום תנאו אבל תנאי זה אינו מפורש ואינו קנאי גמו' הוא אלא מסתמא הוא דלא ס"ד דמוכר עד שיקבל דמיו וכו' הילכך אדם עשוי לפרוע שלא בעדים שיסבור שכב' הוא מוחז' בשדה וכו' עיין שם וז"ל הרשב"א בתשובותיו ח"ב סימן רמ"ו ואלו זה תנאי גמור על מנת שתתן לי כך וכך בזמן פ' וכו' בודאי היה הלוקח צריך להביא ראיה שנתקיים התנאי וכו' אלא שהדבר כמו שהתנה עמו בדברי מכר הוא ולא תנאי ממש וכיון שכן הלוקח נאמן לומר שנתן ואם נפסך לומר מ"מ כיון שהיה הקרקע של שמ' מתחילה ועל דעת שיתן לו ראובן דמיו מכרו לו כל שלא נתן אין הקרק' שלו וא"כ על הלוקח להביא ראיה שנתן דמיו ושקנה לו את הקרקע לא היא שהמכר מכר גמור והדמים חוב עליו כמלוה על פה הם עליו וכאותה שאמ' בפר' קמא דבתרא וכו' עיין שם הרי בהדיא דהאי טעמ' דנאמן משום דאינו תנאי אלא דהמכר גמור הוא והדמי' חוב עליו כמלוה על פה ונראה לי ראיה מהירושלמי שכ' הר"ן בפר' האומר וז"ל הגיע זמן הוא אומר נתתי והיא אומרת לא נטלתי אמר רבי בון מכיון שמבקש להוציא שמפון מידה עליו להביא ראיה פירוש שמפון שטר התנאי הגע עצמך דלא הוה שמפון אלא ש' כלומר שלא היה שם שטר על תנאי אלא שהתנאי הוא ע"פ אמר ר' יוסי מכיון שמבקש לאוסרה עליו להביא ראיה כלומר בתנאי שהוא בקום עשה הגע עצמך שנכנסה בתוך שמפון כלומ' שנשאת בתוך זמן זה שאמר לה שיתן לה ר' זוז אתא עובדא קמיה דרבי אבהו וא"ל זיל הב לה כלומר בא מעשה לפני רבי אבהו באחד שנכנס בתוך זמן התנאי והוא אומר נתן והיא אומרת לא נטלתי והיה מחייבו ר' אבהו לבעל להשלים תנאו וכו' שכיון שנכנסה לא כל הימנו לחזור בו שמשעת כניסה מסתמ' בטלו התנאי לענין שלא יהיו הקידושין תלוין בו כדי שאם לא יתקיים לא תהא בעילתן בעילת זנות ומיהו נעשו הדמים מלוה וכו' ומיהו כי אמרינן דאינו נאמן לומר נתתי דוקא תוך זמן התנאי דהו"ל כאומר פרעתיך בתוך זמני אבל לאחר זמן התנאי כיון שאינו אלא כחוב אלוו נאמן לומר פרעתיך וכולי עכ"ל הרי דבתנאים שאינו מבטל המעשה הוא חוב בעלמ' נאמן לומ' פרעתיך אחר הזמן אבל בתנאי שהמעשה תלוי בו דאם לא נתקיים בטל המעשה משמע היה בלא שט' אלא תנאי ע"פ אינו נאמן לומ' קיימתי בלא ראיה דה"ד אם יש עדים על תנאי אבל אם אין עדים על התנאי נאמן לומר קיימתי במגו דאי בעי אמר לא היה תנאי ואף על גב דלא אמרינן מגו להוציא:

ט' כתב הרשב"א בתשו' סי' תקל"ז דמטלטלי' נקנין באגב ובחליפין ובמשיכה ובהגבהה זולת בשטר לבד דאין נקנין כדאמרינן בהמוכר את הספינה עיין שם וכן כתב בתשו' חלק שני סימן ר"א וכן כת' מרן בתשו' בספר אבקת רוכל סימן פ"א עיין שם וכן כתבו התוספות בכתובות ר"פ הנושא בד"ה לבן נכס וכו' עיין שם ומהרשד"ם סי' ש"ד הוכיח מפ"ק דקידושין דאמ' ותנא דידן מילתא דליתא במטלטלין לא קתני ע"ש הרי דבמטלטלין לא שייך שטר עיין שם וכן תנן בהדיא שם נכסים שיש להם אחריות נקנים בכסף ובשטר ובחזקה שאין להם אחריות אין נקנים אלא במשיכה וכולי אלמא אין נקנים בשטר אלא במשיכה וכולי וכן כתב מהר"ש מפדווא סי' כ"ב עיין שם וכן אמרי' בהדיא בקמא דע"ע עיין שם ברש"י וכן ראיתי לראב"ן בתשו' סי' ק"י עיין שם וכתבתיו בסי' ק"מ דין ה' עיין שם באורך והרמ"ע בסימן כ"ד גדחק אדאמרי' בפרק י"כ שכיב מרע שאמר כתבו ותנו מנה לפ' ומת אין כותבי' ונותני' לו שמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה דהדא ועוד קאמר עיין שם וכבר כתב הרמ"ה שם סי' קע"ג וז"ל וכ"ת אי לא גמר להקנותו אלא בשטר דאפי' כתבו ויהב ליה מחיים נמי לא קני דמנה מטלטלי' הוא ומטלטלי' לא מקנו בשטר כדאית' בהדיא בפרק קמא דקידושין וכו' לא תק"ל דהיכא מטא שטרא לידיה מחיים כי קני לאו בשטרא קני אלא בתקנתא דרבנן דתקינו ליה למיקני באמירה בעלמא הוא דקני דאף ע"ג דלא גמר להקנותו אלא בשטר לאו למעקרא לתקנתא דרבנן לגמרי קמכוין דלא למעקרא באמירה כל עיקר אלא גרועי גרעיה לקניינה דאמירה במקלת דלא מקני אלא בהדי שטרא דאשתכח דכי קני באמירה הוא דקני בתקנתא דרבנן ושטר דתנאה בעלמא כמאן דאתני דלא ליקני עד דמטי שטרא לידיה וכולי עיין שם באורך ונראה דהא דמי דהוי כאומר זכו בשדה לפלוני ע"מ שתכתבו לו את השטר שכת' הטור ומרן סי' רמ"ג ס"ז דאפי' כתבו לו השטר כל זמן שלא מסרו לידו חוזר דע"מ שתכתבו ותתנו לו קאמר אבל הרמ"ה בפ' הספינה סימן כ"ט וסימן ל' כ' דאם כתבו לו השטר ולא מסרו לו אינו חוזר בשדה דהתנאי נתקיי' בכתיבת השט' עיין שם והכא נמי אפי' לא הגיע השט' לידו מחיים אם נכתב השטר קנה (א"ה עכ"מ ואח"ך מצאתי כתוב ומ"מ) ומ"מ הרי הרמ"ה והרשב"א ומהר"ש ס"ל דאין מטלטלי' נקני' בשטר וכן הוכיח הרשב"ש בסי' ע"א וכן כתב מהר"ש אלשיך סימן ע"ל וכן כתב הטו' סימן קל"ג בשם בעל העיטור דמטלטלי' העשוים להשאיל ולהשכי' אפי' היו ביד המחזיק ג' שנים לא תועיל חזקתו דכיון דמטלטלי' לאו בני שטרא נינהו לא שייכא חזקה וכן כתב הר' יונה עיין שם והכי אמרי' בבתרא דף ל"ג ע"ב שטרא למטלטלי' לא עבדי אינשי ע"ש (א"ה מצאתי כתוב בדף אחר כ' הרא"ש) כ' הרא"ש בפ' הנושא גבי חייב אני מנה לך בשטר וכו' וז"ל וא"ל איך מתחיי' בשט' זה הא אין מטלטלי' נקנים בשטר דהוא"ל וטרח וכו' גמר ומקני דמטלטלי' המיוחדים אינן נקנים אלא במשיכה אבל שעבוד וחוב מהני בשטר עיין שם. (עכ"מ):

יו"ד כתב הרשב"ש סימן ע"א דאם מכר מטלטל' בשטר אי שמיט ואכיל אין מוציאין מידו כמ"ש

כמ"ש במוכר שט"ח לחבירו ולא א"ל קני לך הוא שעבודיה וכולי בסימן ס"ו סי"א עיין שם :

סימן קצ"ב

א' דין א' בחזקה וכולי חזקה שנעשית שלא בכוונת קנין אינה קונה כמבואר בסימן רע"ה דין כ"ה העודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו לא קנ' הרשב"ש סימן רפ"ח עיין שם :

ב' שאלה ראובן שנתן לשמעון משכנתא ולא כ' שטר ולא קנין ודר בבית כמה שנים ואח"ז ערער שמעון דהוי רבית קצוצה כיון שלא היה שטר וקנין ונרא' אף על גב דבמקום שכותבין שטר ולא קנה בכסף עד שיכתוב שטר אבל בחזקה קי"ל דאפילו במקום שכותבים שטר קנה בחזקה לבד כמו שפס' מר"ן ומור"ם סי' קצ"ב ע"ש ומהרשד"ם חא"ה סימן קס"ד כתב דהרמב"ן דסב"ל דלא קנה בחזקה עד שיכתוב השטר יחיד הוא עיין שם ואיברא מדברי מהר"ם בתשו' הארוכות סימן תתק"ז על מתנה שקנה אותה בחזקה כתב וז"ל ואי ק"ל הא דאמר ר"פ לא שנו אלא במקום שאין כותבין שטר אבל במקום שכותבים את השטר לא קנה עד שיכתוב השטר וכאן מקום שכותבין את השטר ולא קני הא לא קשיא דכי אמ' רב הכי במכר אבל במתנה לא ומנ"ל וכו' מדקאמר אי בעינא בכספא אקני שמע מינה דבמכר קאמר אבל במתנ' אי בשטר לחודיה או בקנין לחודיה או בחזקה לחוד סגי עכ"ל מבואר דס"ל דבמכר אפילו בחזקה לא קנה במקו' שכותבים השטר עד שיכתוב וכן כתב בתשו' הקצרות סי' רמ"א וכן דעת הרמב"ן והריטב"א בחי' שם ע"ש משמע דבמכר הכא נמי לא קנה בחזקה וקנין סודר לבד בלא כסף כדין שטר וכן כתב הרמ"ה בפר' ח"ה סי' ו' וסי' ר"ג דחזקה נמי לא קנה במכר עד שיתן דמים או במוכ' שדהו מפני רעתה עיין שם וכן דעת רב אחאי בפרשת בהר סיני דחזקה לא מהניא אלא במתנה והביאו בעל העיטור עיי"ש אבל אנן קיימא לן כהפוס' דקנה בחזקה לבד בלא כסף ושטר אפילו במקום שכותבין את השטר ומהר"י עייאש בספר בית יהודה דף קי"ז ס"ח כתב מי שנתן מעות לחבירו על דרך משכונה לפירות ולא כ' שט' ולא קנין והיה אוכל פירות נראה לעניות דעתי דאותם הפירות הוא רבית קצוצה שהרי לא נשתעבד לו אותו קרק' ואין הקרקע משתעבד לפירות אלא אם כן היה בו אחד מדרכי ההקנאה ובנדון דידן כיון דלא היה קנין אין כאן שעבוד והוו המעות כהלואה ומוציאין מן המלו' מה שאכל כדין רבית קצוצה עכ"ל ונראה דהיינו דוקא משום דלא נקנה לו הקרקע באחד מדרכי הקנאה דבכסף לא קנה עד שיכתוב השטר במקום שנוהגים לכתוב השטר הוא אבל בנדון דידן שהחזי' בקרקע ודר בו קיימא לן דקנה בחזק' לבד בלא כסף ושטר אפילו במקום שכותבין את השטר כמו שפס' מרן ומור"ם בסימן קצ"ב עיין שם וכן מצאתי בתשו' הגאונים ח"ב שער ו' סימן ו' משר שלום וזה ל' ואף על גב דאמר רב לא שנו אלא במקום שאין כותבין שטר אבל במקום שכותבין השטר לא קנה עד שיכתוב שטר הני מילי בכסף לחודיה אבל בחזקה אלימא משטר וכסף וכו' וזה כיון שנתן המעות והחזי' אין יכול לחזור בו וכו' עיין שם משמע דסבירא ליה דאפילו בחזקה לבד קנה והסמ"ג עשין פ"ב כתב וז"ל גרסינן בפר"ק דבבא קמא ופרק קמא דמציעא אמר אביי ראובן שמכר שדה לשמ' שלא באחריות עד שלא החזי' בה יכול לחזור משהחזי' בה אינו יכול לחזור וכולי ומפרש ר"ת דבר זה במקום שאין קונין בכסף עד שיכתוב שטר ולא כתב שטר ואם תאמר אם כן פשיטא שיכול לחזור בו משמיענו שיכול ומותר לחזור בו ואפילו עונש מי שפרע אין כאן וכולי משהחזי' בה חזקה גמורה אף על פי שלא נתן המעות ולא כתב את השטר אינו יכול לחזור וכו' ע"ש הרי דר"ת והסמ"ג גם כן סבירא להו דבחזקה קנה בלא כסף ובלא שטר וכן כתבו התוספות בקידושין דף כ"ו ע"ב גבי יפה כח חזקה בד"ה בד"א וכו' וכל שכן חזקה עם כסף והרשב"ן ח"א סימן ט"ל כתב כיון שהם מודים ונתקיימה המשכונה ביניהם כראוי אפילו לא כתבו השטר המשכונה קיימת דשט' לראייה בעלמא ולא איכרו כהדי אלא לשקרי עי"ש ואם כן לכ"ע קנה בחזקה עם כסף בלא שטר ומהרב"א בתשו' סימן י"ח הכריח שדעת הרמב"ם דבחזקה קנ' אפי' במקו' שכותבין את השטר מדכתב בהלכות מכירה דין האומר זכו בשדה לפל' וכו' :

ומ"מ דעת הרמב"ן וסייעתיה דבחזקה לבד לא קנה במקום שכותבין את השטר עד שיכתוב השטר ומה שהק' הרב עדות ביעקב סימן ס"ג דף קנ"ב ע"ד מדאמרינן בפרק הפרה המוכר בית לחבירו כיון שמסר לו מפתח קנה היינו דוקא אי בכספא ליקני בכסף אי בחזקה ליקני בחזקה לעולם בחזקה ובעי למימר ליה לך חזק וקנה וכיון שמסר לו מפתח כמדא"ל לך חזק וקנה משמע בהדיא דקונה בחזקה בלא כסף עיין שם נראה דלק"מ דהא תנן קרקע נקנה בכסף בשטר ובחזקה ואי בחזקה בעי כסף ל"ל חזקה הא קנה בכסף אלא דאי פירש בחזקה לבד קנה בלא כסף והכא נמי בחזק' ופי' בחזקה בלא כסף ושוב ראיתי בשיטת קידושין שתי' כן וכ' עוד דה"ק אי בכסף ובמקו' שאין כותבין את השט' ליקני בכסף ואי במקום שכותבין דלא קני בכסף לחוד בהדי חזקה ודאי קני עיין שם מבוא' דס"ל דאפי' במקו' שכותבין את השטר דלא קנה בכסף לבד קנה בכסף עם חזקה וכן מצאתי למהרשד"ם חא"ה סי' קס"ד שכ' דלא אמר הרמב"ן אלא בחזקה לבד אבל בב' קניינים חזקה וכסף אין צריך שטר עיין שם וכן כתב מהריב"ל ח"א סימן פ' ומהרש"ך ח"א סי' ע"ג ונמשך אחריהם מהרח"ש חלק ראשון סימן ל"ז עיין שם מיהו הרמב"ן והריטב"א בחי' כתב וז"ל והא דרב בין אכסף בין אחזקה קאי שלא קנה באחד מהם ולא בשניהם יחד במקום שכותבין את השטר עד שיכתוב וכו' עיין שם וכתב ה' עדות ביעקב שם שכן נראה מדברי הרשב"א בתשו' שהביא מרן הב"י סי' קנ"א דבלא כסף לא קנה אע"ג דאיכא תרתי שט' וקנין עיין שם ותשו' הרשב"א היא בח"ג סימן י"ח עיין שם וכן כתב הרשב"א חלק ראשון סי' אלף כ"ד הביאו מרן הב"י בסימן ט"ל וזה לשונו אבל בשלא זכה עדיין בקרקע לא נתחייב בכלום דאי מחמת שטר המשכונות קרק' אינו נקיה בשט' לבד אלא בכסף ושט' ואם מפני הקנין שיש בשטר המשכונו' י"ה דאפי' בשטר וקנין אינו קונה בלא כסף עכ"ל הרי די"א דאפי' בשטר וקנין לא קנה בלא כסף מיהו משמע דאם החזיק בקרקע קנה בלא כסף וכבר רב א'. בתשו' מהרשד"ם חא"ה סי' קס"ד הביא ראיה זו דתשוב' הרשב"א וכן הר"ן הוכיח דקנין קונה בלא כסף מדאמרי' המוצא שטר הקנאה בשוק וכו' וא"א מה ראיה משם הא שטר הקנאה איכא שט' וקנין ומהרשד"ם דחה דהרשב"א לא ברירא ליה שכתב אפשר וכו' ועוד דשטר וקנין חדא מילתא היא כיון דסתם קנין לכתיבה עומד אבל בכסף ושטר וחזקה אימא לכ"ע סגי

בכסף

בכסף ושטר או חזקה וכסף או חזקה ושטר עי"ש וכו' לי ראיה ממה שכתב הר"ן וז"ל מכר עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחד מהם קנה וכו' בד"א כשנתן לו דמי כולן וכ"ת כשנתן לו דמים למה ליה חזקה והא קרקע נקנה בכסף א"ל במקום שכותבין את השטר עסיקי' דאמרינן לעיל דלא קנה עד שיכתוב את השטר וחזק' זו מועלת בשטר עכ"ל אלמא אפילו במקום שכותבין השט' קנה בכסף עם חזקה אפילו דבר אחר וכל שכן שהוא קונה גוף הדבר בכסף וחזקה ואם כן עכ"ל דקנין ושט' שאני דחדא מילתא היא ולפי מה שכ' בסי' ק"ן דבמקום שכותבין שטר לא סגי בכתיבת שטר עד שיגיע ליד הלוק' אין ראיה מדברי הר"ן דמהיא דהמוליא שטר הקנאה וכו' שמעינן דבקנין לחוד קנה דאם לא כן אמאי מחזיר לו ניחוש שמא לא הגיע השטר לידו ומצאתי להרמ"ה בפר' ג"פ סימן ט' שכתב וז"ל וכ"ת אם כן קשה הך דהמוכ' את הספינה דאמרינן אם קדם המוכר וכתב שטר ללוקח וכו' כיון שהחזיק זה בקרקע נקנה שטר בכל מקום שהוא דהא התם נמי שטרי הקנאה היא ואף ע"ג דקנו מיניה לא קני אלא בחזקה דקתני כיון שהחזיק זכה מקרק' מכלל דאי לא החזיק לא קני וכ"ת שאני מכר דקיימ"ל דאפילו כתב את השטר לא קנה עד שיתן דמים וה"ה אף ע"ג דקנו מיניה א"ה אי החזיק נמי מאי הוי הא אמרת לא קנה עד שיתן דמים וכו' אלא מסתברא דאף ע"ג דלא נתן דמים נמי קנה ודקאמרת הא קיימא לן במכר לא קנה עד שיתן דמים הני מלי בשטר דלית ביה קנין אבל היכא דקנו מניה אף על גב דלא יהיב דמים נמי קני וכו' עכ"ל הרי דסבי"ל דאם לא קנה בקנין ושטר עד שיתן דמים אפילו עם חזקה דאיכא שטר וקנין וחזקה לא קנה ולדברי מהרשד"ם לא קשה מידי דאף ע"ג דבשטר הקנאה מיירי קנין ושטר חדא מילתא היא ולא קנה עד שיתן דמים אבל משהחזיק דאיכא שטר וקנין וחזקה קנה בלא דמים אלא ודאי סביר"ל דאם לא קנה בקנין ה"ה עם חזקה דאפילו בשטר וקנין וחזקה לא קנה בלא דמי' ומכל מקום מסקנת הרמ"ה דק"ם לבד קנה בלא דמים ובפרק ח"ה סימן ר"ג כתב דבחזקה נמי לא קנה עד שיתן דמים עיין שם ונראה דסבי"ל דקנין אלים מחזקה (א"ה עכ"מ בדף זה אבל בדף אחר שכתוב בו זה הל' ומדלא אתמר נמי גבי פיסקא דחזקה וכו' וכ"ל להעתיקו פה) ומדלא אתמר נמי גבי פיסקא דחזקה ש"מ דבחזק' לא לריך שטר ואפילו במקום שכותבין את השטר וכו' עכ"ל הרי דסביר"ל בחזקה דלא קנה עד שיתן דמים אבל לא בעינן עד שיכתוב השטר אפילו במקום שכותבין את השט' ואם כן למ"ד דקנין קונה בלא כסף כל שכן דלא בעי' עד שיכתוב השטר אפילו במקום שכותבין השטר וכב' כת' דברי הרמ"ה בפרק ג"פ דסבירא ליה דקנין קונה בלא כסף אם כן הקנין אלים מחזקה וכיון דאפי' בחזק' דלא קני בלא כסף לא בעינן שיכתיב שטר כ"ש דקנין דקונ' בלא כסף דלא בעינן עד שיכתוב שטר ומה שהוכיח ה' עדות ביעקב כדברי הריטב"א מהך דפרק הפרה דא"א דאפילו במקום שכותבין את השטר בכסף וחזקה יחד קנה בלא שטר אם כן לימא דאילטריך לכסף וחזקה להיכא דהוו במקום שכותבין את השטר ע"ש ליתא דהתם פריך ליקני בכסף לבד או בחזקה אבל מסירת המפתח אינה כלום ׳ ומה שהקשה מפרק ח"ה גבי גוי שמכר קרקע לישראל וכו' שכ' המפ' דאפילו החזיק לא סמכא דעתיה אלא בשטר שמתיירא מפני הפסד ממונו דסתם גוי אנס הוא דנראה טעמא משום דגוי אנס הוא הא ישראל אפי' במקום שכותבין שטר אם נתן דמים והחזיק אמרי' דסמכ' דעתיה דלוקח עיין שם לא קשה מידי שהרי כתב הטור סי' קל"ד וז"ל וכ' הרשב"א שהוא הדין נמי אם החזי' בו לוקח לא קנה דמ"מ חזקה מכסף דכסף בגוי ודאי קונה ואפילו הכי אמרינן שאינו קונה כאן משום דלא סמכא דעתיה עד דמטא שטרא לידיה משום דסתם גוי אנס הו' אם כן הוא הדין בחזקה עכ"ל הרי דגם בכסף לבד ולא החזיק. קאמר טעמא דלא סמכא דעתיה משום דסתם גוי אנס הוא והא בישראל נמי במקום שכותבים שטר לא סמכא דעתיה אלא נראה דסביר"ל דאי לאו האי טעמא דסתם גוי אנס הוא כיון שהגוי נסתלק בכסף אפי' במקו' שכותבין שטר גמר בדעתו לקנות ולא יניחנו להיות הפק' והוי כאלו פי' אם בעינא בכספא אקני כמו שהק' התוס' שם וכן כתב הרמב"ם בסוף פרק א' מהל' זכייה שאין דעתו סומכת אלא על השטר וכתב הלח"מ דסבירא לי' דמיירי במקום שאין כותבין שטר ולכך הולרך רבי' לטעם זה דאי במקום שכותבים שטר אפילו ישראל מישראל נמי עיין שם ואפשר שזה דעת הרשב"א והטור דמיירי במקו' שאין כותבין שטר אבל לפי מ"ש אפילו במקום שכותבים שטר דקונה מישראל לא סמכא דעתיה עד שיכתוב שט' אבל מגוי כיון דנסתלק והוי הפקר ודאי גמר בדעתו לקנו' והוי כאלו פי' אי בעינא בכספא אקני לכך נ"ל טעמא שאין דעתו סומכת אלא על השט' אבל בכסף וחזק' יחד בין בגוי בין בישראל א"ל דקנה אפילו במקום שכותבים שטר. וגם הריטב"א דסבירא ליה דלא קנה אפילו בשט' יחד במקום שכותבין שטר הרי כ' וז"ל ובשטר מלוה שיש בו קנין או' מור"י נר"ו דדינו כשטר מתנה דמשעת קנין זכה וכולי דאם שט"ח הוא היינו שטר מתנה ואם שטר מלוה הוא כיון דזיזף וקנו מניה ולא עייל ונפיק אזוזי וגמ' והקנה וכולי וראיה לדבר מדאמרינן בב"מ המוליא שטר הקנאה וכו'. ושטר משכונות גופה דארעא בתר מלוה גריר והמלוה עיקר הילכך דינה כמלוה דעלמא ומשעת קנין זכ' אלא אם כן התנה שלא יזכה עד שיגיע השטר לידו עיין שם הרי דסב"ל דאף על גב דבמכר לא קנה בקנין עד שיכתוב השטר ויגיע לידו בשטר משכונו' קנה בקנין וה"ה בחזקה קנה המשכונות דבתר המלוה גריר וכבר נתן לו הכסף איברא דבעל התרומות שער ס"ד ח"ג כתב וז"ל ומסתברא שאלו לא היה לא שטר ולא קנין האמת היה הדבר דינו שכשם שאין קרקע נקנה במלוה וכו' כך אין כאן המשכונות נקנה במלוה דמשכונות שכירות היא וכולי אבל עכשיו בדין זה שהיה בקנין ובשטר נסתלק מכאן כל ספק ובודאי שהקרקע נקנה בחליפין וכולי ואף על גב דאיכא דסביר"ל דחזקה וקנין דהיינו חליפין כשטר דמו דלא קני וכו' עד שיתן דמים וכו' עיי"ש משמע דלמ"ד דחזקה וקנין סודר לא קנו עד שיתן דמים הכא נמי לא קנה המשכונות אפילו בשני קניינים דאף על גב דשטר וקנין א"ל דחדא מילתא היא משום דהתם קנין לכתיבה עומד כמו שכ' מהרשד"ם משמע דהוא הדין בקנין וחזק' שהרי הביאו ראיה מההיא דקתני מלמדים אותם שלא יחזרו בהם כילד כותב אני פלוני וכו' וא"ת ליקני בקנין או בחזקה עי"ש ומינה דהכא נמי בקנין וחזקה יחד לא קנה דאל"כ ליקנייה בקנין וחזקה מיהו יש לדחות :

ב' דין ב' ואם מסר לו המפתח וכו' פי' ואם יעשה בו אח"ך חזקה בנעל וגדר ופרץ אפי' שלא בפניו הוה חזקה אבל במסירת המפתח לחוד לא קנה וכן הסכמת הטור ע"ש הסמ"ע וכן נראה דעת רב האיי בס' המקח שער י"ג ד' כ"ח ע"ש וכ"כ התוספות בפסחים

בפסחים דף ד׳ גבי שטרות דלא קנה במסירת המפתח וכן דעת הרשב"א בחי׳ בפ׳ הפרה ודלא כפי רש"י שם :

ג׳ דין ג׳ ונעל וכו׳ היינו אפי׳ נעילת דלת לבד בלא מפתח ומסתברא דכיון דנעילת דלת גרידא הוי חזק׳ וכ"ש נעילת מנעול בדלת סגור ועומדת דהוי חזקה וה"ה קביעות מנעול בדלת וכי היכי דנעילת דלת הוי חזקה פתיחת דלת נעולה אפי׳ בלא מנעול נמי הוי חזקה דומיא דגדר ופרץ דאמרי׳ תיחוד ותפתח דמשמע או תיחוד או תפתח הרמ"ה בפ׳ ח"ה סי׳ ו׳ עש"ב וכן כתב הריטב"א בחי׳ גיטין ר"פ הזורק ע"ש וכן דעת הר׳ יונה והר"ן והובאו בש׳ א"ז לבתרא דנ"ב ע"ש ומהר"י הלוי בתשובות סי׳ ס"ה כתב דיכול המוחזק לומר קי"ל כרשב"ם בלא קנה בנעילת דלת לבד שהרי גם הרמב"ם ס"ל דבעינן נעל ופתח ותמה על מרן עש"ב ועיין בב"י שכתב בתי׳ א׳ דלהרמב"ם נמי נעילה לחוד קנה וכן הסכים מהר"י באסן בתשו׳ סימן כ"ג לתי׳ א׳ דלהרמב"ם נמי בנעל לבד קנה עיין שם אבל הדין שלמד מהרא"ש בקונה בית שהוא דר בתוכה מקודם לא קנה עד שינעול ויפתח הוא אמת וגם המפ׳ שתי׳ ההיא דתיחוד ותפתח אפשר דמודים בזה עש"ב וכן כתב מהרא"ב בס׳ לחם רב סימן קנ"ב דאם היה דר בה בשכירות אפי׳ עשה מעשה לא מוכחא מילת׳ דאדעתא דקני׳ עבד ע"ש :

ד׳ ונעל וכולי ושלוחו של אדם כמותו הרמ"ה בפרק ח"ה סי׳ רכ"ז ע"ש וע"י שליח גוי לא קנה דהא קי"ל דאין הגוי מישראל והישראל מגוי קונה בחזקה כמבואר בסי׳ קל"ד ע"ש וכיון דאין שליחות לגוי לא קנה ועיין בהמח"א ה׳ מכירה סי׳ ט"ו וה׳ שלוחין סי׳ ע"ו:

ה׳ דין ח׳ החזקה שקונה אותה שטיחת פירות וכו׳ כן ל׳ הרמב"ם וכ"כ הסמ"ג עשין פ"ב ע"ש והראב"ד השיג על הרמב"ם דהא חזקה אכילת פירות היא ואכילת פירות לא מהני אלא כנגד טענה וכו׳ וכ׳ המ"מ שכן דעת הרמב"ן והרשב"א פ"ק דקידושין גבי עבד כנעני וכו׳ ובעל העיטור כ׳ מסתברא שאם נתן כליו ותשמישיו לתוכו הוי חזקה כדגרסי׳ בירוש׳ המוכר בית לחבירו כיון שנכנס לתוכו פירות קנה וכו׳ וזה ראיה לדברי רבי׳ עש"ב מבואר דס"ל דנכירת פירות לתוכו הוי כאכילת פירות וכן כתב הרמב"ן בפ"ק דקידושין דלא קי"ל כהירושלמי מה"ט עיין שם אבל הרמ"ה בפ׳ ח"ה סימן רכ"ז כ׳ וז"ל אבל אכילת פירות בחזקה שאין עמה טענה לא ואע"ג דאשכחן דומיא דאכילת פירות דקני׳ בנכסי חבירו אפי׳ בחזקה באין עמה טענה דתנן בקידושין וכו׳ ואמרי׳ בחזקה מנ"ל אמר חזקיה דאמר קרא ושבו בעריכם אשר תפשתם במה תפשתם בישיבה וכולי והא ישיבה גבי עדי׳ כאכילת פירו׳ גבי שדה היא וכו׳ וגרסי׳ נמי בירוש׳ המוכר בית לחבירו כיון שנכנס לתוכו פירות קנה וא"כ מאי שנא וכו׳ דלא דמו להדדי דישיבת ערים ובתים הנאה דמתהני׳ ליה מגופ׳ דארעא הוא וכו׳ אבל אכילת פירות כי קא תלים ליכא הנאה ולבתר דתלים להו לפירי כי קא מתהני ליה מנייהו ממטלטלין קא מתהני ליה וכו׳ והשתא דאתית להכי מסתברא דאפי׳ גבי בתים וחצרות כי הויא חזקה בישיבה והנעת מנעות וכיוצא דוקא בישיבה דקונה גופיה אבל בישיבת שלוחו א"נ היכא דאוגר ליה בישיבה ושקיל אגרא דקמתהני לה מינה לא קני מ"ט דאגרא כאכילת פירות דמיא דמטלטלים קא מתהני ליה ואע"ג דאתי מגופ׳ דארעא וכ"ש זוזי דלאו מגופ׳ דארעא קאתו וישיבת שלוחו נמי וכו׳ דישיבה מידי דמתהני ליה לקונה בעי׳ והא לא קמתהני ליה אבל ודאי גבי נעל גדר ופרץ כיון דלאו בהנאת הקונה תליא מילתא אלא במעשה דגוף הקרקע תליא מילתא שלוחו של אדם כמותו וכו׳ עכ"ל הרי דס"ל דאכילת פירות לא מהניא לחזקה בלא טענה משום דבשעת אכילת פירות לא נהנה מגוף הקרקע אלא מטלטלין אבל נכר לתוכה פירות וכ"ש ישב בתוכה קנה כיון שנהנה בגוף הקרקע קנה ודוקא בישיבה דקונה אבל בישיבת שלוחו לא קנה וכן אם שכרו לאחר לישיבה השכירות הוי כאכילת פירות ולא קנה וא"כ גם בעל העיטור שסמך על הירושלמי אפשר דמודה דלא קנה באכיל׳ פירו׳ ומבואר בדברי הרמ"ה שם דלא קנה להעמדת בהמה ע"ש הטעם אבל הרמב"ם ס"ל דהעמדת בהמה ואכילת פירות הוי חזקה וכ"כ רב האיי בס׳ המקח שער י"ג דף כ"ח וז"ל ואי אוקי בה חיות א"נ שטח בה פירי כדי שיחזיק בקרקע הויא חזקה כדגרסי׳ ואי דלי לנא דפירי לאלתר הוי חזקה וכולי ע"ש ועיין בתשו׳ מהר"י באסן סימן פ"ג שכ׳ דמה שהחזיקו ללמוד ולהתפלל אין זה אלא אכילת פירות ולמאן דפליג על הרמב"ם לא קנה וא"כ אין מוציאין מהיורש ע"ש ולפמ"ש אפשר דהראב"ד ובעל העיטור לא פליגי אלא באכילת פירות אבל בישיבה קונה ואם כן מה שהחזיקו ללמוד שם הוי חזקה בישיבה ונראה דלדעת רבי׳ קנה באכילת פירות אפי׳ ע"י שלוחו ככל חזקה דמהני׳ ע"י שלוחו דשלוחו כמותו ומהרשד"ם סימן שע"ו כתב אי מיקרי חזקה מה שפרע לחופרי׳ג"ז פשיטא לי דהוי חזקה גמורה דמ"ל חפר הוא ומ"ל חפרו הם בשבילו ואפי׳ שהגוי להו בר שליחות וכולי ע"ש וכן אם השכירו לאחר דשכירו׳ הוי כאכי׳ פירות קנה ואע"ג דאיכא למימר דדוקא אכילת פירות שהם מגוף הקרקע אבל שכירות המעות אין יוצאין מגוף הקרקע הרי כתב הטור בסי׳ ק"נ ואע"פ שעדיין לא נהנה המחזיק מפירו׳ זה הבית כיון שדרו בו מכחו היינו הנאת פירותיו ואפי׳ אם השאילו להם בחנם וכולי ע"ש וכ"כ הרשב"א הובא בש׳ א"ז לבתרא דכ"ט וז"ל שאין השכר פירות הבתים אלא תשמיש הבתים הוא פירותיו והרי שוכרים אלו אכלו פירותיו מחמתו ובשליחותו ואפי׳ השאיל לאחרים עלתה לו חזקה עכ"ל הרי דחזקה דשכירות מהני וה׳ הלכות יום טוב דף ע"ל הק׳ בדברי הרמ"ה שכ׳ הטור סימן ר׳ גבי כליו של לוקח ברשות מוכר דאם לא א"ל זיל קני אע"ג דיהיב ליה רשותו לאנוחי התם לא קנה דאם ס"ל דאכילת פירות הוי חזקה ונחת כלים הוי חזקה לקנות החצר בשאלה א"כ כל שנתן לו רשות להניח כליו דהוי כמשאיל לו מקום אמאי לא קנה כיון דקנה מקום בחצר והוי בכליו של לוקח ברשות לוקח ואי ס"ל דהנחת כלים לא הוי חזקה אם כן בדא"ל זיל קני במה קנה כיון דלא קנה מקום בחצר בשאלה דלא קניא חזקה ואכתי כליו של לוקח ברשות מוכר הוא ותי׳ דס"ל כדברי התוס׳ דבא"ל זיל קני כיון דגלי דעתיה דליקני ליה כליו נתן לו רשות להניח כליו שם אגן סהדי דהשאיל לו המקום וקונה המקום בלא שום קנין דגמ׳ ומשעבד נפשיה עש"ב ולא ראה דברי הרמ"ה דפח"ה שכתבתי דס"ל דאכילת פירות לא הוי חזקה אבל הנחת כלים הוי חזקה לקנות וא"כ כיון שנתן לו רשות להניח כליו שם הוי כהשאיל לו מקו׳ וקנה אותו בהנחת כליו דהוי חזקה :

ז׳ דין ט"ז חזקה בלא כסף ובלא שטר קניא וכולי הר"ן בפ"ק דקידושין כ׳ בשם הרמב"ן דלא קנה בחזקה במקום שכותבין את השטר עד שיכתוב שטר דלא מלינו שיפה כח חזקה מכח כסף אלא במה ששנינו בברייתא וכן כתב הריטב"א בחי׳ שם וה׳ כנה"ג

בתשובות

בתשובות ח"ב סי' מ"ח על מי שכתב לחבירו שטר מתנה בערכאות של גוים והחזיק המקבל המתנה ג' שנים דאם הנותן הקנה למקבל בק"ס או בחזקה ולא עשה לו שטר בעש"ג אלא לראייה בעלמא קנה מיהו א"ל דס"ד למ"ד דחזקה לחודא קונה אפי' במקו' שכותבין שטר אבל לדעת הרמב"ן והריטב"א והר"ן דלא קנה בחזקה לבדה במקו' שכותבין שטר ה"נ אם לא הקנה למקבל אלא בחזקה לא קנה ואיקי ארעא בחזקת מרא קמא שהוא הנותן וכן בק"ס ואפילו הקנה לו בחזקה וקנין סודר ולא כתב לו שטר בדיני ישראל לא קנה כמ"ש הריטב"א בפ"ק דקידושין דלא קנה בשניהם יחד עד שיכתוב שטר עיין שם וליתא דבחי' הריטב"א שם מבואר דה"ד במכר אבל במתנה קנה בחזקה לבדה בלא שטר עיין שם וכן כתב מהר"ש בתשובות הארוכות סימן תתק"ז על מתנה שקנה אותה בחזקה שכתב וז"ל ואי ק"ל הא דאמר רב ל"ש אלא במקום שאין כותבין שטר אבל במקום שכותבין שטר לא קנה עד שיכתוב שטר וכאן מקום שכותבין שטר הוא ולא קנה הא ל"ק דכי אמר רב במכר אבל במתנה לא ומנ"ל וכו' מדקאמר אי בעינא בכספא אקני ש"מ דבמכר קאמר אבל במתנה אי בשטר לחודיה או בק"ס לחודיה או בחזקה. לחודא סגי עכ"ל וכן כתב בתשובות הקצרות סי' רמ"א עיין שם הרי דס"ל דבמתנה בחזק' לחודא קנה:

ח' חזקה בלא כסף ובלא שטר קניא וכו' הר"ן בפ"ק דקידושין כתב בשם הרמב"ן דלא קנה בחזקה במקום שכותבין שטר עד שיכתוב שטר דלא מצינו שיפה כח חזקה מכח כסף אלא במה ששנינו בברייתא עיין שם וכן כתב הריטב"א בחי' שם וכתב מהרימ"ט סימן ס"ה דה"נ לא קנה בחזקה בלא כסף עיין שם וכן ראיתי בתשובות מהרשד"ס חא"ה סימן קס"ד שכתב רב א' כן מהך ראייה גופה דלא מצינו שיפה כח חזקה מכח שטר אלא במה ששנינו בברייתא דאל"כ ליתני דיפה כח חזקה מכח שטר דחזקה קונה בלא כסף משא"כ בשטר אלא ודאי דשטר וחזקה שוים בזה ומהרשד"ס דחה דבריו עש"ב ונעלם מהם מ"ש הרמב"ן במלחמות בפ' האומנין דמשיכה אינה קונה במטלטלי' אי עייל ונפיק אזוזי וז"ל לפי שמצינו בקרקע שלא קנה בשטר עד שיתן לו דמים אע"פ שהקרקע נקנה בשטר וכן נמי בחזקה דלא קנה עד שיתן לו דמים היכא דעייל ונפיק אזוזי וכו' וכיון שכן אף משיכה במטלטלי' אא"כ נתן לו מעותיו הואיל עייל ונפיק אזוזי דלא עדיפא משיכת מטלט' מחזקת קרקעות אלא ודאי לעולם אין משיכה מועלת אלא כשזקפן עליו במלוה וכו' וכן השיב הראב"ד ושוב מצאתי לרב האי גאון תשו' מפורשת בענין זה וכן אמרינן דמטלטלי' שמשכם לוקח או שקנאם בחליפין אי קא עייל ונפיק אזוזי לא קנה וכן בקרקע לא מהניא חזקה וקנין כדעייל ונפיק אזוזי וכן כתב אף בעל הלכות ראשונות עכ"ל הרי דס"ל דחזקה וחליפין אי לא עייל ונפיק אזוזי קנה ודוקא בעייל ונפיק אזוזי לא קנה אבל בשטר אפילו לא עייל ונפיק אזוזי לא קנה וכן כתב בהדיא הרמב"ן בחי' בפרק קמא דקידושין עיין שם אם כן דעת הרמב"ן דחזקה קונה בלא כסף ודוקא במקום שכותבין שטר לא קנה בחזקה עד שיכתוב שטר וכתב מהרא"ד"ב בספר לחם רב סי' קמ"ב דהרמב"ן יחיד בדבר ואין המוחזק יכול לומר קיימא לי כוותיה ולא ראה דהריטב"א נמי סברא ליה הכי וכן כ' מהר"ש בתשוב' הארוכות סימן תתק"ז על מתנה שקנה אותה בחזקה וזה לשונו ואי ק"ל הא דאמר רב לא שנו אלא במקום שאין כותבין שטר אבל במקום שכותבין השטר לא קנה עד שיכתוב שטר וכאן מקום שכותבים שטר הוא ולא קנה הא ל"ק דכי אמר רב הכי במכר אבל במתנה לא ומנ"ל הא וכולי מדקאמר אי בעינא בכספא אקני ש"מ דבמכר קאמר אבל במתנה אי בשטר לחודיה או בקנין לחודיה או בחזקה לחודא סגי עכ"ל וכן כתב בתשובות הקצרות סי' רמ"א ע"ש הרי דמהר"ש ס"ל דבמכר לא קנה בחזקה עד שיכתוב שטר ובודאי דיכול המוחזק לומר קי"ל:

סימן קצ"ד

א' דין ב' ונתן לא' את הדמים וכו' זה דעת הרמב"ם וסייעתו אבל הרא"ש והטור ס"ל דאין צריך ליתן לו דמים וכן כתב הריטב"א בחי' לקי' ר"פ האומר וז"ל וכן ההיא בישראל שלקח שדה מן הגוי ובא ישראל אחר והחזיק בה זכה בה ואין לו לתת דמי' כלל ללוקח א' כיון שמן הפקר זכה וקמא הפסיד אנפשיה דיהיב זוזי לגוי מקמי דלימטי שטרא לידיה או דלא אתני ליקני בכספא וכדכתי' בדוכתי' מפי רבי' מור"י עכ"ל וכו' דס"ל דאפי' כת' לו הגוי השטר אחר שקבל המעו' ובא אחר והחזיק בה זכה בה דכיון דהגוי נסתלק הו"ל כמי שכ' שטר בשדה של הפקר ולעולם לא קנה עד שיכתוב השטר קודם מתן מעות כמ"ש הנ"י בפ' חזקת הבתים וכן כת' הרא"ש והטור:

ב' דין ג' הגה אבל במטלטלי' קנה בנתינת המעו' הרמב"ם בפ"א מהלכות זכייה ס"ל דקונה ומקנה בכסף לבד או במשיכה ע"ש במ"מ וכ' מהרש"ך חלק שני סימן קי"ו שכן דעת הרשב"א וכן כתב הרב כנסת הגדולה עיין שם וכבר הרב הלכות יום טוב דף ל"ג הביא דברי הרשב"א בחי' לחולין ד' ט"ל ע"ב דס"ל בהדיא דדוקא משיכה קונה ולא מעות עיין שם:

סימן קצ"ה

א' דין א' בקנין וכו' ואין שום א' מהם יכו' לחזו' בו ואם חזרו שניהם ומחלו הקנין נראה דבטל המקח וכן ראיתי להרשב"ש סי' ח"י וז"ל אם המכר נעשה בק"ס ועדיין לא נתן המעות וא"ל נקאל"ך אלל"ה ונתרצו שניהם נתבט' המקח שכיון שמעותיו הם בידו הו"ל כאלו קנאו במעותיו ודינו. כמוכר במעות והחפץ בבית הבעלים המושכרת ביד הלוקח דלא חיישינן שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעלייה ע"ש ועי' לקמן בסי' קל"ח ס"ה:

ב' כתב מהרימ"ט בחי' על הרי"ף בפ"ק דקידושין שכ' על ר' ישעיה וז"ל ושמא שהוא סבור דהיכא דפי' דמים וא"ל מוכר ללוקח לך חזק וקנה והלך והחזיק לא מהני אלא שלא יוכל המוכר לחזור אבל לוקח יכול לחזור בו ואלו בק"ס כיון שקנה ממנו בחליפי' עשאן לדמים בחליפין משוכה זה נתחייב זה בחליפין וכו' ודבר זה צריך בדיקה עיין שם ומדברי בעל התרומו' והרשב"א בתשו' שהוכיחו מברייתא דקתני מלמדין אותם שלא יחזרו בהם כילד כותב לו אני פ' וכו' וא"א ליקני בקנין או בחזקה עיין שם משמע דבקנין וכן בחזקה אפי' הלוקח אינו יכול לחזור אפילו לא נתן דמים דאם לא כן (א"ה עד כאן מצאתי):

ג' אע"פ שלא כתב שטר וכולי הרשב"ץ ח"ב סימן רכ"ד כה' שלא היתה ס' הגאוני' שאומרי' שיתקיים המכר בקנין בלא נתינת דמים אלא כשכ' שטר הקנין

הקנין במקום שנהגו לכתוב ואין סומכים על הקנין לבדו אבל אם לא נכתב שטר הקנין א"ו שא"א שתסמוך דעתו של לוקח עליו בקנין על פה יותר משטר מכירה וכו' וכל מה שאפ' לייפות כח הקנין הוא שאם יש ביד הלוק' שטר קנין כבר סומכת דעתו של לוקח בשט' שבידו וגם דעתו של מוכר סומכת שכיון שנתקיים המקח בקנין אף על פי שלא נתן הדמים הרי הוא כאלו יש לו חוב בדמי ממכרו אבל שיתקיים המקח בקנין בלא כתיבה אי אפשר כן במקום שכותבין הקנין בשטר ואין סומכין על עכ"ל :

ד' אע"פ אין עדים אם מודים זה לזה כ"כ הרמב"ם בפ' ה' והראב"ד בהשגות כתב דאין הכל מודים לו בקנין וכן מסקנת התוספות בסנהדרין ד"ו ע"ב דקנין דוקא בפני שנים בפרק הזהב דלא אוקמוה כגון דליכא עדים משום דשתם גורן מלויים בו בני אדם וכן כתב המרדכי בפ' א"ה עיין שם ונראה דה"ה קנין אגב קרקע אין צריך עדים דבפ' הזהב פריך נמי ונקניה ניהלי' אגב קרקע ודחה דלית ליה קרקע וטען שאינו שלו ולא משני כגון דליכא עדים ואפשר דגם הראב"ד אינו חולק אלא בק"ס אבל בקנין אגב מלוה וכן מצאתי להראב"ד בש"מ לבתרא שהכריח דקנין אין מתקיים אלא בעדים ואחר כך כ' וז"ל ואני מוסיף על דברי הגאון דעל הפים' הסודר בלבד נאמר מפני שאין בו שם מקח וממכר ושלא בעדים מיחזי כחוכא ואטלולה אבל בקנין האמור במקרא שלף איש נעלו ונתן לרעהו אין צריך לעדות אלא מה שיוד' עיין שם הרי דדוקא בקנין סודר צריך עדים אבל בקנין כעל האמור במקרא אין צריך עדים והוא הדין קנין אגב קרקע ובזה ניחא ההיא דפ' הזהב דלא אוקמא בדליכא עדים משום דאכתי קשה ליקני בקנין כעל האמור במק' וכן קנין אגב דילפי' מדכתיב ויתן וכו' עם ערים בצורו' וכו' ע"כ :

ה' דין ג' אפילו הקנו שלא בפני הקונה וכולי וכן הוכיחו התו' והרא"ש בקידושין דף כ"ו בד"ה ה"ג וכו' ומה שדקדק הר' שמעיה לפי' גירסא זו דאין מועיל קנין סודר אלא בפני הקונה דאל"כ אמאי לא הקנה בחליפין על ידי אחר כבר פירש רש"י דלא הקנ' לו על ידי אחר בחליפין שלא היה שום אדם שיהיה חפץ בהנאתו של קונה ליתן סודר בעבורו משום דאי בעי מקנ' פסיק ליה וכו' גם הרמ"ה בפר' ג"פ סי' ע"כ' וז"ל ואי ק"ל וכו' והא קיימ' לן דחליפין לא קנה אלא היכא דאתי' לקונה התם דגרי' בקידושין וכו' והכא קתני כותבין שטר ללוה ולמוכר אף על פי שאין המלו' והלוקח עמו וכו' לא ק' דכי מוקמינן להיא דקידושין בדליתיה למקבל מתנה וכו' משום דליכא דניחא ליה לאקנויי ליה סודרא למקנ' אדעת' לאקנויי לאחרי' דאי מקנה ליה קנין גמור' אית לי' פסיד' ואי על מנת להחזיר וכו' ומגילא שמעת דסביר"ל לר"י קני על מנת להקנות לא קני וקיי"ל לגמרא האי עובדא דאיתמר משמיה אליביה וכ"ת וליקני ליה האי מקנה סודר' אחרינא וליהדר ההוא אחר וליקני בהו מיניה הא נמי לאו תקנתא הוא דאי בשתא דילמא האיך לא ניח"ל למהדר ולאקנויי ליה ואי על מנת וכולי למיקנא מניה הוה ליה על מנת להקנות וליכא דרב יהודה לא קני אבל אליב' דהילכתא קני על מנת להקנות מהשתא קני כדאסיק רב אשי התם בנדרים ואפילו בסודר דאחרים ואפי' שלא בפני הקונה דאי מטעמא על מנת להחזיר בהדיא אסיקנ' בקי' מתנה על מנת להחזיר שמה מתנה ואפי' במכר קני ואי מטעמא דכליו של קונה קני מדין עבד כנעני ואי מטעמ' דשלא בפניו הא קיימא לן דזכין לאדם שלא בפניו וכולי עכ"ל הרי דסביר"ל דקנין שלא בפני הקונה מהני ואפי' המקנה נותנו לזוכה על מנת להחזיר וכו' דה"ה בשכירות ושאלה והתם בקידושין דלא הקנה לו סודר בשאלה משום דרב יהודה סבירא ליה דאפילו במתנה על מנת להחזיר לא מהני וכל שכן בשאלה דאין הגוף קנוי לו אבל לדידן דמתנה על מנת להחזיר קונים בו אפשר דה"ה בשאלה אבל ה' דברי אמת בקו' ז' כתב דרש"י והתום' סבי"ל דקנין סודר צריך שיקנהו הקונה לגמרי וכן כה' הסמ"ג עשין פ"ב בשם ר"ת והגמי"י פר' ה' מהל' מכירה עיין שם ואינו מוכרח דאפש' דרש"י והתוספות ס"ל כהרמ"ה דהתם אליבא דרב יהודה קיימי' דסבירא ליה דקני ע"מ להקנות לא קנה אבל לדידן דקני על מנת להקנית קנה הוא הדין דקנה בשאול :

ו' דין ט' כך שכירות וכו' כ' מרן הב"י וז"ל משמע לי דאפילו במקום שכותבין שטר קונ' בכסף לבדו דדוקא גבי מכר אמרינן דלא ס"ד דלוקח עד שיכתו' שטר אבל גבי שכירות דהוי קנין סמכה דעתיה וכן נר' מדברי הרמב"ם שכתב ששכירות קרקע נקנה בכסף לבדו או בשטר לבדו או בחזקה ע"ש ונראה דהכא נמי בשטר דלא קנה במכר עד שיתן כסף בשכירות קונה בשט' לבדו מהאי טעמא דבכל דהו קנין ס"ד כמו שדקדק הרמב"ם שכ' דנקנה בכסף לבדו או בשטר לבדו דר"ל דאע"ג במכר לא קנה בכסף לבדו עד שיכתוב שטר וכן בשטר דלא קנה עד שיתן כסף בשכירות קנה בכסף לבדו או בשט' לבדו ולכך לא אמר או בחזקה לבדה משום דסבירא ליה דגם במכר קנה בחזקה לבדה אבל בשטר דבעינן שיתן כסף נקט בשכירות בשטר לבדו :

וש ו ב ראיתי למהרש"ג בספ' משפטים ישרים סי' כ"ז שדקדק כן והוא נכון ע"ש ויש להסתפק במשכונ' אם דינה כשכירות או כמכר לענין זה והרשב"א סי' אלף וכ"ד והביאו מרן הב"י סימן ע"ל כתב גבי משכונה דאם לא זכו עדיין בקרקע לא נתחייב כלום דאי מחמת שט' המשכונה קרקע אינו נקנה בשטר לבדו אלא בכסף ושט' ואם מפני הקנין שיש בשטר המשכונה יש אומרים דאפי' בשטר וקנין אינו קונה בלא כסף ע"ש הרי דסבירא לי' דלא קנה בשטר בלא כסף ואיכא מאן דאמר דאפילו בקנין ושטר לא גם בעל התרומות שער ס"ד ח"ג כתב וז"ל ומשתב' שאלו לא היה כאן לא שטר ולא קנין באמת היה דינו שכנס שאין קרקע נקנה במלוה וכולי כך אין המשכונה נקנה במלוה דמשכונה שכירות היא ותניא כשם שקרקע נקנה בכסף בשט' ובחזקה כך השכירות וכו' אבל עכשיו בדין זה שהיה בקנין ובשטר נסתלק מכאן כל ס' ובודאי שהקרקע נקנה בחליפין וכולי ואף על גב דאיכא דסביר"ל דחזקה וקנין דהיינו חליפין כשטר כמו דלא קני אלא במתנה אבל חליפין במכר לא קנה עד שיתן דמים וכולי עיי"ש משמע דלמאן דאמר דחליפין במכר לא קנה עד שיתן דמים ה"ה במשכונה ואפילו בשכירות דמשכונה כשכירות אלא שדחה שם סברא זו והסכים דחליפין לבדו קונה אבל בשטר דבעינן במכר עד שיתן דמים הוא הדין במשכונה ובשכירות וכן מוכח בהדיא מדברי מהר"י מברונ' סימן קע"ב שהוכיח דקנין סוד' קונה בלא כסף ולא הוי כשטר ממה שהקשו התוס' בפ' קמא דב"מ אמאי קבלו שכירות ה"ל להשאיל להם או להשכיר בחליפין וכו' ע"ש ומאי קושיא הא חליפין אפילו במכר לא קנה אלא על ידי כסף אלא ע"כ במכר קנה בחליפין לבד עיין שם וא"א מה ראיה דהא בשטר לא קנה במכר אלא עם כס' ובשכירות קנה לבדו והכא נמי א"ל בחליפין דלא קנה

במכר

במכר אלא עם כסף ודוקא בשכירות קנה בו לבדו אלא נראה דסביר"ל דשכירות דינו כמכר ומרן הב"י סוף סי' קל"ב כתב וז"ל והשוכר מן הגוי לרשב"ס וכולי דטעמא דלא קני בכסף בלא שטר משום דאפילו מישראל חברי' לא קני בזוזי בלא שטר משמע דבמקום שאין כותבי' שט' הקונה קרקע מהגוי קני בכסף לחודיה וכן כתב בהדיא ר' ירוחם וכו' א"כ גבי שכירות כיון דאין רגילות לכתוב עליו שטר קני בכסף לחודיה וכו' עיין שם משמע בהדיא דהא דשכירות קונה בכסף בלא שטר ה"ט משום דאין רגילות לכתוב על השכירות שטר ואם כן במשכונה דכותבין שט' ודאי לא קנה בכסף עד שיכתוב שטר וכי האי גוונא כ' הרב בית דוד סימן קי"א ע"ש ומהרש"ל בפר' ה' דב"ק סימן ל"ב שכתב וז"ל אבל הרא"ש כתב בפרק השותפין אדברי הירושלמי וז"ל ותמיה לי מה תלוי בהקדמת השכירו' דשכירות קרקע נקנה בשטר ובחזקה וזוזי הוא דנסי' בי' ע"כ וצריך פי' לפי' דמסתמא הרא"ש לפ' על הברייתא דפ' השואל כשם שקרקע נקנה בכסף ובשטר ובחזק' כך שכירות וכו' וא"ל דה"ק מאחר דקרקע אין נקנה בכסף לבד באתרא דכתבי שטרא הכא נמי גבי שכירות זה אינו בשלמא מכר דמכור לעולם דכותבים שטר ובלא שט' לא ס"ד דלוקח אבל שכירות דלזמן מועט והדרא למריה קמא קניא אפילו בלא שטר וכן הטור וכו' אע"כ הק' מסתמ' הירושלמי שמחל' בין הקדים ללא הקדים ואוכר בלא הקדים שדהו מיירי שהחזי' השוכר בבית או קנה בשטר דאי לא תימא הכי פשיטא שיכול המשכיר להקדים וכו' אלא איירי בכה"ג שאין יכול לחזור כדפי' ואפילו הכי חל כה הקדש עליה דס"ס הוי ביתו ואם כן מ"ש בהקדיש לו שכרו שאינו וכו' עכ"ל הרי דסב"ל דשכירות נקנה בכסף לבד אפילו במקום שכותבין שטר וכן נקנה בשטר ובחז' לבד אפילו לא נתן דמים דאם לא כן בלא הקדיש לו שכרו אפילו החזי' בבית או קנה בשטר כיון דצריך ליתן דמים יכול לחזור בו אבל בהקדיש שכרו אפילו לא כתב שטר אינו יכול לחזור אלא ודאי בשטר ובחזק' נמי אינו יכול לחזור אפילו לא נתן דמים דשכירות לא הוי כמכר ושוב ראיתי לה' כנסת הגדולה בתשו' ח"ב סימן מ"ח שדקדק כן מדכתב הרמב"ס כמ"ש והרב כנה"ג בסימן קל"ב או' י"ט הביא דברי מהרש"ל דשכירות קונה בכסף לבדו בלא שטר ולא זכר דברי מרן הב"י בסימן זה ע"ש :

ז' שאלה ראובן קנה משמעון חצר א' ע"י סרסור והסרסו' אמר ללוקח שלוי נתן בה עשרה אלפים לקנות כל החצר ולפי ששמעון לא רצה למכור בית הכנסת שבחצר בכלל לא נתרצו זה לזה וראובן נתרצה וקנה החצר חוץ מבה"כ בח' אלפים בק"ס מיד הסרסור וכתבו שטר הקנייה והתנו ביניהם שיפרעו לו המעו' לזמן פ' ואם לא פרע לו לזמן פ' חייב קנס מאתים גרוש' ובטל המכר ואח"ך נודע לשמעון הלוקח שקנה ביותר כפלים מכדי דמיה ושאל ללוי אם אמת שנתן עשרה אלפים וא"ל להד"ם ובזה רצה לבטל המקח שהוא סמך על הסרסור שא"ל שלוי נתן לו ורצה לקנותה בסך הנז' ושמעון השיב שכך דרך התגרים והסרסור להשביח המקח והי"ל לחקור ובודאי לא סמך על זה ועוד טען הלוקח שהקנין היה שלא בפניו ובמכר לכ"ע לא קנה כמבואר בתשו' מהרי"ו ופסקה מור"ס סי' קל"ה ע"ש בהסמ"ע :

תשובה כפ' הגוזל דק"ב תניא הלוקח שדה בשם חבירו אין כופין אותו למכור וכולי ואר"ש ה"ק הלוקח שדה מחבירו בשם ר"ג אין כופין ר"ג למכור וכולי מכלל דמקנא קני ליה לימא פליגא דבני מערבא

דאמרי וכי מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חטים לבע"ה וכו' משמע דלמאי דקי"ל כר"י אפי' לקח בשם אחר קנה לוקח זה דלעולם דעת המוכר למי שהמעות שלו כמ"ש הרשב"א והרא"ש בש"מ שם ודברי הרא"ש בתשו' כלל ל"ו סימן ג' כבר עמדו עליהם מהר"ס די בוטון סימן מ"ז והכנה"ג בתשובות ח"א סימן קל"ז והסכימו דגם הרא"ש מפ' מקנה קני הלוקח ולא ר"ג אלא דמינה מוכח דחבירו ששטר המכר בשמו זכה עש"ב וכן כתב הרשב"א והרמ"ה הובאו דבריה' בש"מ דה"ד לגבי המוכר דקנה הלוקח ואין המוכר יכול לחזור אבל אם ערער חבירו ששטר המכר בשמו לומר שהוא שלו זכה דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו ואין הלוקח נאמן שלקחו לעצמו אא"כ הודיע לעדים ע"ש וז"ל הגמ"ר בפ' הזהב הביאו מרן הבי' סימן קפ"ד שאל ה' חפני כיון דבעי לקנות מלוקח ראובן דזבן ארעא משמעון על שם לוי ולא הרשהו וכתב שטר על שם לוי וכיון שראה שמעון שלא בא לוי חזר בו מפני שלא הקנה ללוי כלום והשיב דאין יכול לחזור כדמוכח גבי הלוקח שדה מחבירו וכו' דאין שמעון יכול לחזור אע"פ שלא הרשהו ולא עשאו שליח ואם יבא ויאמר כי במעותיו קנה הדין ביניהם עכ"ל ונראה דראייתו מההיא דאין כופין וכו' דמשמע דלר"י דקי"ל כוותיה קנה הלוקח אע"ג דכתב השטר בשם ר"ג ואין המוכר יכול לחזור אבל אם בא לוי ואמר שבמעותיו קנה הדין ביניה' כדברי הרשב"א והרמ"ה וכן כתב ה' פרח מטה אהרן סימן למ"ד עש"ב :

סימן קצ"ו

א' דין א' עבד כנעני דינו כקרקע וכו' מסתברא דעבד כקרקע דמי לענין מכירה וכי היכי דאמר שמואל בשטר מכר לא קנה עד שיתן דמים ה"ה בעבדים דשמואל אכולי מתני' קאי בעל העיטור דק"א ע"ד עיין שם ונראה דה"נ במקום שכותבים שטר על העבדים לא קנה בכסף עד שיכתוב שטר דרב אכולה מתני' קאי וכן כתב התוס' בפ' השואל בד"ה דמי עבד וז"ל ונראה לר"י דמיירי שמכר לו עבד ונתן לו הדמים ולא כ' לו עדיין השטר ואיירי במקו' שכותבין את השטר וכו' וכן כתב הריטב"א ותלמיד הר"ק הובאו בא"ז ע"ש ועיין מ"ש בסימן ק"ן וכן מבואר בתשובות מרן הא"ה בדיני כתובה סימן ו' כתבתיו בסימן ק"ן ס"ז עיין שם וכן דקדק בד"מ בדברי הרמב"ס פ"ב מ"ה עבדים שכ' עבד כנעני נקנה בכסף ובשטר או בחזקה דאשמעינן דבמקום שכותבין שטר לא קנה בלא שטר וכן לא קנה בשטר עד שיתן דמים אבל בחזקה לבד קנה כמו בקרקע עיין שם ומהריט"א בס' קהלת יעקב דף כ"ד לדד לומר דבעבדים שתקנו משיכה עקרו קנין מעות דאורייתא כמו מטלטלים ומתני' דקתני נקנה בכסף וכולי ר"ל בכסף עם שטר או עם חזקה ואע"ג דבלי כסף קונה בשטר' קתני בכסף דנקנה מדין תורה שלא טעה דעבד אינו נקנה בכסף אפילו מדאורייתא וכ"מ לכהן שמכר עבדו ולקח המעות דאפי' לא משך הלוקח אסור להאכילו תרומה כיון דמעות קונות מדאורייתא עיין שם וליתא דהא אמתני' דנכסי' שאין להם אחריות אין נקנים אלא במשיכה אמרי' ולר"י דאמר ד"ת מעות קונות מא"ל תנא תקנתא דרבנן קתני עיין שם ואמאי גבי עבד קתני דין דאורייתא וגבי מטלטלים לא תנא דין דאורייתא דנקנים בכסף שלא נטעה דמטלטלים אין נקנים בכסף אפילו מדאורייתא וכ"מ

וג"מ לדברים שהעמידו על דין דאורייתא דקנה בכסף כמבואר בסימן קל"ח וסי' קל"ט ע"ש ובני ה' מהרי"ט כר"ו א"ל דנעלם מה' מתני' דמליעא בפ' השואל המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה וכו' וכתב רש"י וז"ל להכי נקט המחליף ולא אמר המוכר פרתו וילדה דאלו מוכר במעות לא קנה לוקח עד דמשיך וכיון דמשך מידע ידיע אי ילדה כבר וכולי וכן המוכר שפחתו דקי"ל עבד כנעני נקנה בכסף וכשנתן לו מעות נקנית לו השפחה ואפילו היא בבית הבעלים ואין ידוע וכולי וכן כתבו התוספות שם בד"ה ר"מ וכולי עיין שם הרי בהדיא דלא עקרו קנין מעות בעבד ואין לריך משיכה במטלט' והמ"מ בפ"ך מה' מכירה הביא רש"י על דברי הרמב"ם וז"ל הרמב"ם ברפ"ה מה' עבדים עבד כנעני נקנה בה' דברים וכו' נקנה .בכסף או בשטר או בחזקה או בחליפין או במשיכה עכ"ל וביבמות דל"א אמרי' והא עבדא דאיכא מאן דקני בכספא ואיכא מאן דקני בשטר וכו' עיין שם ברש"י משמע דעבד נקנה בכסף בלא שטר ואע"ג דהו"מ למיפרך דנקנה במשיכה או בשטר מ"מ משמע דאפילו אחר שתקנו משיכה נקנה בכסף וכן מוכח בפ"ק דקידושין דאמרי' גבי ההיא אמתא דפריטי אין כאן מסכון אין כאן דאם נתן מעות נקנית כמ"ש רש"י שם וה' פני יהושע בחי' לקידושין תי' דודאי לר"י נמי קנין משיכה חשוב וסברא הוא שיקנה בכל מקום תדע דאל"כ כל המטלטלין במליאה ובמתנה ובנכסי הגר במאי קונה אע"כ במשיכה אלא דמטלטלי במשיכה במו"מ גזירת הכתו' דכתיב לעמיתך ודרשי' בבכורות לעמיתך בחדא דה"ד בכסף ולא במשיכה אבל עבדים דהוו כקרקע ואינם בכלל תמכרו ממכר לעמיתך דאדרב' ממעטי' עבדים מאוגאה מהנך קרא אם כן הדרי' לסברא דכי היכי דקונה משיכה במתנה ה"ה במו"מ דעבדים עיין שם ומ"ש ומליאה ומתנה נקנו במשיכה לכ"ע מדאוריי' כ"כ התוספות בע"ז דף ע"א בד"ה פרדסני וכו' ובס' א"ז למליעא דף מ"ז כ' וז"ל ק"ל לר"י מתנת מטלטלי דליכא מעות במה יקנו תי' בתוס' דר"י מודה במתנ' כיון דליכא מעות דקונה במשיכה אבל הרמב"ן תי' דאף מתנה אינה נקנית מן התורה אלא בחליפין או בהגב וכו' עיין שם וכבר הביא דבריה' מהריט"א בס' קהלת יעקב סימן ק"ע וכתב דלהרמב"ן דמשיכה אינה קונה לר"י אפילו במתנה מדאורייתא נראה דכ"ש במליאה והפקר דליכא דעת אחרת מקנה ונדחק דמה יענה לקו' התוספות דבכורות עיין שם ואם כן ק' לדידיה אמאי קונה בעבדים כיון דלא מהני קנין משיכה בכל מקום ניהו אינו מוכרח דא"ל דהרמב"ן מודה במליאה והפקר דנקני' במשיכה משום דא"א בקנין אחר ודוקא במתנה דאפשר לקנות בחליפין או בהגב לא קנה במשיכה כמ"ש בסי' קל"ח עיין שם ואם כן א"ל דעבדים אע"ג דאפשר בקנין כסף ושטר וחזקה וחליפין נקנים נמי במשיכ' דדוקא מטלטלי' נתמעטו ניהו נר' דר' אמי התם ס"ל כר"ל דמשיכה קונה מדאוריית' כמ"ש התוספות בקמא דע"ט בד"ה תקנו וכו' דר' אמי דאמר המשאיל קרדום של הקדש לחבירו, מעל וחבירו מותר לבקע בו לכתחיל' משמע דסברא דקנה מדאורייתא דאי מדרבנן ומעל משום דמדרבנן אין יכול לחזור כמו נתנה לבלן דף' הזהב א"כ הוי חומרא דאתי לידי קולא דחבירו מותר לבקע בו לכתחי עיין שם משמע דס"ל כר"ל דמשיכה מדאורייתא ולכך בשאלה נמי אינו יכול לחזור מדאורייתא ואם כן לא עקרו קנין מעות בעבדים אלא דמשיכה נמי קונה מדאורייתא ניהו אפשר דבמכר ס"ל כר"י ודוקא במתנה כיון דליכא מעות קונה במשיכה מדאורייתא ושאלה הוי כמתנה :

ב' עבד כנעני דינו כקרקע וכו' בפרק קמא דקידושין פרכי' אי שדה אחוזה חוזרת לבעלים ביובל אף עבד כנעני חוזר לבעלים ביובל ת"ל לעולם בהם תעבודו וכו' וכ' מהריט"א בס' קהלת יעקב דפ"ח ע"ד וז"ל כיון דקיימא לן דיש קנין הגוף לגוי אם קנה ישראל אחר מהגוי פשיטא דאינו חוזר לבעליו הא' ביובל כיון שבא מכח הגוי דהגוי לא היה מחזיר לבעליו ביובל דיובלא ביובל בישראל כתיב וא"כ ישראל שלקח מהגוי קנה קנין גמור כדין הגוי עלמו ואינו חוזר ביובל והכא נמי ישרא' שקנה עבד מגוי פשיטא דאינו חוזר לו ביובל ולא לריך קרא לזה דהא בקרקע נמי דינא הכי וכולי עש"ב וכ"ל ראייה ממ"ש מהרימ"ט ח"מ סי' ל"ח בשם הרדב"ז וז"ל ראובן שיש עליו כתובת אשה וב"ח ומכר קרקע שהיה לו לגוי ואותו גוי מכר הקרק' ההוא לשמעון ועתה באים אשה וב"ח לטרוף הקרקע משמעון וטוען שמעון אני מכח הגוי קאתינ' ואין להם כח עם הגוי לפי שאין דין טרפא בערכותיהם וישראל הבא מחמת הגוי הרי הוא כגוי תשו' הדין עם שמעון דמ"ל לב"ח אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא בטרא למאריה וכולי לא דמי להיא דהמרדכי בפ' חזקת בשם ריב"א וכת' הרב בסוף התשוב' לחולק דהתם הנזק הוא בכל יום וכו' עיין שם ותשו' הרדב"ז היא בח"ב ת"ק דהא דלא אמרינן ישראל הבא מחמת הגוי הרי הוא כגוי ליפות כחו ה"ד בהחזיק הגוי שלא כדין אבל בכ"ד שקנה כדין והחזיק בו כדין לא אמרה ריב"א עיין שם וא"כ נר' דהכא נמי דהגוי קנה הקרק' והחזיק בו כדין ישראל שקנה ממנו הרי הוא כגוי ליפות כחו דאינה חוזרת ביובל דמ"ל לבעלים הא' אי לא שתקת מהדרנא בטרא למריה גם הסמ"ע בסי' קנ"ד ס"ק מ"ה כ' דדוקא התם שישראל הלוקח מהגוי בא להזיק לבעל החלונות שהוא מוחזק בחלונותיו וזה בא להזיקו לסתום אותם אבל אם ישראל בא להזיק ללוקח בידים ולהפקיע ממונו יש לו דין הגוי עיין שם באורך ואם כן אין אשה וב"ת טורפי' מישרא' שלקח מהגוי והכא נמי ביובל אינו מחזיר לו הקרקע לבעלים הא' דלהפקיע ממונו יש לו דין הגוי ועיין בספר פני משה חלק שני סימן פ"ג:

סימן קצ"ז

א' דין א' הגה א"ל לקנות במשיכה ושיכה וכו' הטו' כ' בשם הרמ"ה דוקא היכא דשני לגריעת' כגון דבר שקניתו במשיכה ומסירה וא"ל משוך וקני ושני ממשיכה למסירה אבל אם שני לקנין חשוב כגון להגבהה קנה אבל ודאי אי א"ל אל תקני אלא במשיכה לא קנה בקנין אחר אפי' אי עבד הגבהה דעדיפ' מינה כיון דגלי דעתיה דלא בעי דליקני אלא במשיכה וה"ה נמי בשוכר מקומה אינו קונה וכו' וכתב הב"ח דס"ל דמשיכה עדיפ' ממסירה וא"ל מוכר קני במסירה ומשכה קנה דשנה למעליותא והא דנקט הרמ"ה הגבהה וכו' משום וכו' עי' שם באורך וכ"כ הפרישה ע"ש ודברי הרמ"ה הם בפר' הספינה סימן כ"ה וז"ל ואי א"ל לך ומשוך וקני ואזיל איהו ועבד בה אגפא אחריג' דקל מניה כגון מידי דמיקני בין במשיכה בין במסירה וא"ל לך ומשוך וקני ואזיל איהו והחזיק בה במסירה דגריעא ממשיכה וכו' דגרועי גרעיה לקנייתו לא קני ואי עבד מילתא דעדיפא ממשיכה כגון הגבהה דקני בכ"מ א"כ שכירות מקום קנה מ"ט דעלוי עלייה לקנייתו וכו' הרי דס"ל דמשיכה עדיפא ממסירא ומה"ט

ומה"ט אם א"ל משוך וקנה לא קנה במסירה דגרועה ממשיכה אבל קנה בהגבהה או בשכירות מקום דעדיפא ממשיכ' ובסי' כ"ו כ' וז"ל אבל אי א"ל לך וקני במסיר' ואזל ותפים בה ומשך לה מיד אף על גב דמשכה מרה לסימנא נמי לא קנה דהא גלי מוכר אדעתי' דבמסי' ניחא ליה לאקנוי ליה ובדין הוא דאי הוה תפים בה לוקח ותו לא הוה קני אלא כיון דקא מסיך לה ממשך בשעת תפיסה גלי לוקח אדעתי' דבמשיכה קא ניחא ליה למקני במסירה לא ניחא ליה למקני וכיון דמוכר לא ניחא ליה לאקנוי במשיכה ולוקח לא ניח' ליה אלא במשיכ' לא קני אבל ודאי אי עייל לרשותיה דלוקח א"נ שכר את מקומו קני וכו' עכ"ל הרי שכ' ואם א"ל לך וקני במסיר' ומשכה לא קנה דאף על גב דמשיכה עדיפא ממסירה כיון דא"ל קני במסירה ודאי למעט קניני' אחרים הוא מיהו ה"ד משיכ' דתפסת מועט תפס' אבל בשכירו' מקו' או בהגבהה דעדיפא ממשיכה קנה והא דנקט הרמ"ה הכניסה לרשותו ושכירות מקום משום דספינה לאו בר הגבהה היא אבל אי שייך הגבהה ואמר לו קני במסירה אמרינן דנומעט משיכה דוקא הו' אבל הגבהה ושכירות מקום תרווייהו כהדדי נינהו כמ"ש בסימן כ"ה עיין שם :

ב' דין ז' ואפילו עומדת באגם וכו' וכ"ש כשעומדת ברשות הלוקח או ברשות שניהם מיהו בעי' אגם ולא בר"ה וכ"ש ברשות מוכר וכו' הסמ"ע והראב"ד בהשגות כתב וז"ל דאם עומדת ברשות הלוקח ביום לא' שהיא קנויה לו והמ"מ כת' כיון דלא אמר מעכשיו במה יקנה במשיכה כבר כלתה משיכתו וכן חי' בתוספות וכו' ועיין בתשו' הרשב"א ח"ג סימן ז' דהר"א דאגיגון שב"ל הכי והרשב"א סימן ח' כת' עליו ולגבי מתנה נמי גרסי' בשלהי פ' האשה שנפלו משוך פרה זו וכו' ודוק' בעומד' באגם הא עומדת ברשות קונה קנה דבאותה שעה קנת' לו חצירו עיין שם וכן כת' הריטב"א בס' א"ז לכתובות שם הא דא"ל קני מעכשיו וכו' והא דנקט עומדת באגם לאו דוקא דהוא הדין עומדת בר"ה אלא נקט אגם דאורח' דמילתא הוי וכו' ואידך כרבא דלא אמר מעכשיו ולפיכך לא קנה אלא אם כן היתה עומדת בחצירו המשתמרת לדעתו לאחר שלשים יום ושלא חזר בו המוכר בנתים עכ"ל :

ג' ואפילו עומדת באגם וכו' כתבו התוס' ביבמות דף ל"ג בד"ה קנוייה וכו' וז"ל ואם תאמר ואמאי לא קנה לר"י פרה אפילו בר"ה או ברשו' המקנ' כמו שקנה קרקע במהיום ולאחר מיתה דקנה מהיום הגוף ולאחר מיתה פירות ושמא במהיום ולאחר מיתה משמע טפי שרוצה לקנות גוף מהיום וכו' עיין שם ועיין בתשו' מהר"י באסן סימן ע"ג אבל הרמב"ן בספ' הזכות סימן ל"ה כת' דאם אמר מעכשיו פשיטא דקנה אפי' עומדת בר"ה ואפילו ברשות מוכר כדתנן בכותב נכסיו לבנו מהיו' ולאחר מיתה דכל מעכשיו ולאחר זמן בדבר בממון גופא קני מהיום ופירי לאחר זמן בין מהיום בין לאחר מיתה בכל מקום שהוא וכו' עכ"ל הרי דסב"ל דאפילו במהיום ולאחר שלשים יום קנה הגוף מעכשיו והפירות לאחר זמן ואפילו ברשות המוכר וכ"כ הוא הדין דלאו דוקא באגם והר' מחנה אפרים בהלכות זכייה ומתנה הקשה דאם כן מנ"ל דהוי תנאה דלפי זה נרא' דיכול המוכר לחזור בו תוך ל' יום נימא דגופא מהיום ופירא לאחר ל' יום ותי' וכו' עיין שם וכבר הר' בית שמואל בא"ה סימן קמ"ו והרב שפתי כהן בסימן זה הסכימו כן עיין שם ועיין בספר משפטים ישרים סימן פ' :

סימן קצ"ח

א' דין א' ד"ת מעות קונות וכולי מי שמכר חפץ לחבירו במעות ולא משך ואחר כך מכר לאחר וניתן לו המעות ומשך החפץ כשתפ' הרב"א הביאו ה' בית דוד סימן קי"ב מי שזכה בחפץ אלל הלד הנכון שקנה לוקח שני כיון שהמוכר היה יכול לחזור בו אין לך חזרה גדולה מזו מה שחזר ומכרו לאחר עיי"ש וכי האי גוונא כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סימן קע"ד במוכר על תנאי שבידו לחזור ומכר אותו בית לאחר אין לך חזרה גדולה מזו כדאמרי' בפח"ה גבי מתנה דאי מכרו לאחר הוי מחא' וכ"כ בתשו' ח"ד סי' ל"ד גבי שעבוד דאקני דיכול לחזור בו אם יש הוכחה אמרינן שחזר בו מן הא' מהך דפר' ח"ה והביאו מרן הב"י סימן ק"ד עיין שם והרא"ש בפר' האומר גבי התקדשי לי לאחר שלשים יום ובא אחר וקדשה בתוך שלשים יום כתב וזה ל' ומדלא קתני אינה מקודשת לא' רלה לדקדק דלא פקעו לגמרי קידושי א' אלא אם מת ב' בתוך שלשים יום חלו קידושי א' וכו' ודבר תימא הוא דמכי פשטה ידה וקיבלה קידושין מאחר כבר חזרה מקידושי א' וכן כתב הרשב"א בחי' בס דאין לך חזרה גדולה מזו עיין שם וגם הרמב"ן והר"ן שכ' דאין המעשה מוכיח שחזרה בה אלא עדיין דעתה דאם אפש' לחול יחולו וכן דעת הרמב"ם ומרן בב"י בא"ה סימן מ' מודה הכא דהמעשה מוכיח שחזר בו ודאי דקנה ב' ולענין מי שפרע דעת הרב"א דחייב המוכר לקבל מ"ש אבל ה' בית דוד כתב לכאורה נרא' לע"ד דאין חייב לקבל מ"ש כיון שאין תקנה לדבר דלא חייבו לקבל מ"ש אלא כדי שע"י כן יחזור ויתננו ללוקח אבל הכא דאי אפשר למה לורך מ"ש עיין שם ואיברא דלא שייך מ"ש למי שאינו יכול לעמוד בדבורו כגון דבר אינו ברשותו כמ"ש ומהר"י בן מיגאש בתשובות הובא בספר א"ז למליעא על דף מ"ז ע"ב כתב וז"ל שלא לחייב מ"ש למי שמכר מה שאינו ברשותו מטעם שקבל המעות אלא אם קנה אח"ך אותו הדבר שמכר אותו ובא לרשותו שאז יכול הוא להשלים דברו אם ירלה וכולי ואם לא עמד בדבורו נחייב אותו מי שפרע אבל אם לא קנה אותו הדבר ולא בא ברשותו מן הנמנע הוא לחייב אותו במי שפרע וכו' עיין שם מיהו אפשר לומר דהיינו דוקא דבר שאינו ברשותו שאין בידו כלל לא בשעת מכירה ולא בשעת חזרה אבל בנדון דידן אף על גב דאחר חזרה אין בידו לתקן מכל מקום כיון דהיה בידו לקיים המכר וחזר הוא ובטלו חייב לקבל על חזרתו מי שפרע דכל שהיה בידו לקיים אף שאין בידו עכשיו או שבידו עכשיו אף שלא היה בידו קודם חייב במי שפרע :

ב' ד"ת מעות קונות וכו' מטלטלין אין נקנים בשט' הרשב"א בתשו' תקל"ז והמ"מ פ"ה מהלכות זכייה ומתנה ושאר אחרונים הביאם הרב כנסת הגדולה ע"ש ובבתרא דף ע"ו דאמרי שטרא לספינה ל"ל מטלטלין הוא וכו' כתב בספר א"ז בשם הר"ן וז"ל נראה דהכא תרתי ק"ל ל"ל ומאי מהני' ליה וכו' דשטר למטלטלין לא מהני ולא מידי ולא מקנו בשטר דאין שטר אלא לדבר שיכול לסיימו בשטר כגון קרקע א"נ עבדים שהם ניכרי' בעלמם ויכול אדם לסיימם ולהפרידן מתוך השט' מקרקע אחר או מעבד אחר אבל המטלטלין וכו' עי"ש ולפי זה נראה לע"ד דחזקה דהוי כמטלטלין נקנים בשטר כקרקע כיון דיכול לסיימם בשטר וכן כתב ה' כנה"ג בסימן ק"ד

אות

אות י"ב דנקנים בדרכים שהקרקע נקנה בהם בשם האחרונים עיי"ש :

ג' ד"ת מעות קונות וכו' כ' בספר א"ז למציעא ד' מ"ז וז"ל ק' ליה לר"י מתנת מטלטלי דליכא מעות במה יקנה תירלו בתוספות דר"י מודה במתנ' כיון דליכא מעות דקונה במשיכה והרמב"ן תירץ דאף מתנה אינה נקנית מן התורה אלא בחליפין או בהגב וכו' ע"ש ומהריט"א בספר קהלת יעקב סימן ק"ע הביא מה שכ' התוספות בע"ז דף ע"א בד"ה פרדשני וכולי דבמציאה ומתנה דליכא מעות לכולי עלמא קנה במשיכה או בהגבהה וכן כתבו התוספות בבכורות דף י"ג בד"ה מיד עמיתך וכו' דר"י מודה במציאה והפקר ובודאי דכל שכן מתנה דעדיפא דאיכא דעת אחרת מקנה אותו ולדעת הרמב"ן דלר"י אפילו במתנה משיכה אינה קונה מדאורייתא נר' דכל שכן במציאה והפקר דליכא דעת אחרת מקנ' ונדח' שם דמה יענה לקושית התוספות דבכורות עי"ש באורך ולי אפשר דהרמב"ן מודה במציאה והפקר דקנה במשיכה משום דה"א בקנין אחר אבל במתנה דאפ' לקנו' בחליפין או בהגב דהוו דאורייתא לא קנה במשיכה והתוס' בקי' דף כ"ה בד"ה בהמה וכו' כתבו לדעת רש"י דאיצ' קונה בהמה גסה במשיכה ה"ד במקח וממכר דאפשר לקנית במסירה אבל במציאה ונכסי הגר דלא אפשר במסירה קנה במשיכה ומהרימ"ט בחיד' שם הקשה דאם כן מאי פריך פילו לר"ש במה יקנה אימא כיון דא"א בהגבהה קונה במשיכה ותירץ דמקח וממכר בעי זכייה גמורה להוציאו מרשות הראשון אבל במציאה ונכסי הגר סגי בקנין גרוע כדאשכחן בפר' המניח דהגבהה פחות מג' קונה בהפקר ובשאר קניות בעי שלשה כדכתבו התוספות שם ובסוף מציעא איכא מאן דאמר דהשטה גרידא קונ' בהפק' עיין שם ועוד דבמציאה ונכסי הגר ליכא ענין אחר אבל במכא ומתן דאפשר בקנין חליפין או בשכירות מקום לא תקנו עש"ב והכא נמי אפשר לומר לדעת הרמב"ן דמשיכ' אינה קונה מדאורייתא במתנה דהוי כמכא ומתן דמוליאו מרשות הראשון וגם אפשר בקנין חליפין או בהגב או בשכירות מקום אבל במציאה והפקר מודה דקנה במשיכה מדאורייתא אפילו קנין גרוע כיון דלא מוליאו מרשות א' וה"ה נמי בקנין אחר ולדעת התוספות דר"י מודה במתנ' דקונה במשיכה כיון דליכא מעות הא דלא אמרינן דפילו לר"ש קונה במשיכה כיון דלא אפשר בהגבהה עיין שם בעצמות יוסף ומהרש"א :

ד' ד"ת מעות קונות וכו' רש"י פ' הזהב דמ"ח כ' דנ"מ לענין איסורא כגון אם קידש בו את האשה לר"י הוו קידושין דמדאורייתא קניה ודידיה היא ולר"ל לא הוו קידושין עיין שם ובפרק קמא דפסחי' ד' ז' גבי המקדש מש"ס ולמעלה אפי' בחיטי דקורדינ' אין חוששין לקידושיו ופי' רש"י מש"ס ולמעלה מתחילת שש דאיסורא דרבנן הוא משמע דאפי' בתרתי דרבנן דהיינו חמץ דרבנן ושעות דרבנן אין חוששין לקידושין עיין שם וה' בני יעקב בתשו' סימן פ' כ' דהא ודאי רש"י ס"ל דעקרו בתקנתן דבר תורה ומ"ש דאם קידש בו מקודש' היינו דס"ל כמ"ש התוס' בפ' המפקיד דמ"ג דלר"י דאית ליה דבר תורה מעות קונות לא הפקיעו חכמים כח שיש לו להמוכר במעות שיכול להשתמש בהן כיון דקונות מן התורה והוי שואל עלייהו ולא מצי אמר נשרפו מעותיך בעלייה ולא תקנו משיכה אלא כדי שלא יאמר לו נשרפו חטיך בעלייה אבל לר"ל ודאי כיון דמעות אינם קונות אסור להשתמש בהם ולא הוי שואל עלייהו עיין שם ואם כן לר"י כיון דיכול להשתמש בהם הא ודאי דאם קידש בהם אשה מקודשת כיון דמלוה להוצאה ניתנה שלו הם משא"כ לר"ל דסובר דמעות אינם קונות מה"ת ואסור להשתמש בהם לכך אם קידש בהם אשה אינה מקודשת דהוי מקדש בגזל ומ"ש רש"י בחמץ דרבנן אפילו בשעות דרבנן אינה מקודשת ה"ט כיון דאין האשה יכולה להשתמש בהם ואנן בעי' שיתן לה דבר שיהא שו"פ ותהא יכולה ליהנות בפרוטה היא וכיון שהיא אינה יכולה ליהנו' בהם אינה מקודשת משא"כ הכא דקידשה במעו' הלואה ויכולה ליהנו' מהם עיין שם ומלשון רש"י שכ' דמדאוריית' קניה ודידיה הוא לא משמע כן ובפ' השוכר את הפועל דס"ג אמרינן בא עליה ואחר כך נתן לה אתננה אסור ומוקי לה דא"ל התבעלי בטלה זה ופריך וכי אמר לה בטלה זה מאי הוי הא מחסר משיכה ומוקי לה בזונה נכרית דלא קניא במשיכה ופירש"י נכרי לאו בר משיכה הוא דכי כתיבה משיכה בישראל כתיבה או קנה מיד עמיתך עיין שם בתוס' משמע דלר"י דדבר תורה מעות קונות ניחא · וז"ל הרמב"ם בספ"ט מהלכות תרומות ירא לי שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים אף על פי שעדיין לא משך הלוקח הר"ז אסור להאכילה תרומה שדין תורה מעות קונות ואם מכר ישראל פרתו לכהן אע"פ שנתן הדמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך ע"ש וכתב ה' בני יעקב בתשו' סי' פ' דקפ"ב ע"ב דהרמב"ם ס"ל דבמקו' איסור' דאוריית' ספוקי מספק"ל אי עקרו בתקנתם דבר תורה או לא ולכך כת' דלא יאכילנה תרומה כיון שהמעות קונו' מן התור' ואפשר שבמקו' איסור' דאוריי' לא תקנו ומפני שהדבר ספיקא בידו כתב גם כן שאם מכר ישראל לכהן דלא תאכל כיון דמדרבנן אינו קנין כספו עיין שם :

ה' דין ב' הגבהה וכו' כתבו התוספות בקידושין ד' כ"ו בד"ה אי נמי וכולי בשם הר"מ דנקט חבילי זמורות שהם מאכל לפילי ומגביה לפילי חבילי זמורות למעלה והוא קופץ ומגביה עלמו למעלה מן הארץ והוכלים ואין לתמוה אי חשיבה הגבהה בכך דכה"ג אשכחן בפ' שלוח הקן כי היכי דליגביה וליקנינהו ע"ש וכתב הרמב"ן בחי' וזה נוח יותר מפירש"י שהעמיד ע"ג מקום גבוה לא הוי הגבהה דהמונח בקרקע כקרקע הוא חשוב וכן כתב הריטב"א בחי' לשם :

ו' דין ה' יתמהמה המוכר וכו' כתב ה' למח לדק סי' ל"א וז"ל וא"ל למה הפקיעו חכמים קנין מעות דאוריית' לא הי"ל לתקן אלא שכל זמן שלא משך הלוקח יהא באחריות המוכר שלא יאמר נשרפו וכו' אבל מעות קונות ואין יכולים לחזור ותי' דא"כ הלוקח לא יעשה משיכה כיון שהוא באחריות המוכר לכך תיקנו שלא יהיו מעות קונות דע"כ הלוקח חושש שמא יחזור בו המוכר וימהר לעשות משיכה עיין שם ואכתי ק' שהרי כתבו התו' בקידושין דכ"ח בד"ה שמא וכו' וא"ת אמאי עקרו קנין מעות וכולי הו"ל לתקן שיקנו המעות עם המשיכה וכו' וי"ל דשמא לפעמים הלוקח מושך החטים ואם לא קנה במשיכה לחודא יאמר למוכר נשרפו חטיך וכו' עיין שם וא"א אכתי הי"ל לתקן שיקנו המעות עם המשיכה ואם נתן מעות ולא משך הרי באחריות המוכר ואם משך ולא נתן מעות יהא באחריות הלוקח שלא יאמר למוכר נשרפו וכולי אבל התוס' בעירובין ס"פ חלון תי' בשם ר"י דמשום תקנת השוק עשו כן שלא להצריך תרתי משיכה ומעות וכתב עוד על דברי ריב"ן וז"ל וא"ת אם כן כשנתן הלוקח מעות ולא משך יאמר לו המוכר נמי

נשרפו

נשרפו מעותיך בעלייה כיון דאין המעות קונות לו ואי לאו תי' ריב"ן הייתי יכולין לומר דלא חיישי' להכי משום דלא שכיח שיאחר המשיכה לאחר נתינת המעות כיון דאין המעות קונות עיין שם משמע דאם המעות קונות חיישי' שיאחר המשיכה ולכך חיישי' שמא יאמר לו נשרפו חטיך ואם כן אם יתקנו שיהא אחריות על המוכר כ"ש שיאחר הלוקח המשיכה וחיישי' לפשיעה דמוכר אבל לתי' ריב"ן ק' וראב"ן בפ' הזהב דל"ה ע"ד כתב וז"ל וא"ת גבי חליפין נמי כשמחליף חטים בשעורים ומשך בעל השעורי' את החטים ליתקנו נמי דלא ליקנו שמא יאמר לו נשרפו שעוריך בעלייה תריץ ס"ס מה תועיל לו התקנה הרי יאמר נשרפו חטיך ואם טרחתי להציל שעורים שלי דל"ד למעות יטול בידו ויצא ואינו יכול לומר נשרפו דבלא טורח מצי להציל בפעם א' אבל פירות ל"מ וא"ת דליתקנו שיהא קונה החטים שמשך כדי שיצילם והשעורים נמי יהיו ברשותו עד שימשכם בעל החטים כדי שיצילם בעל השעורים תריץ תקנה לזה והפסד לזה לא יפה לתקן דשמא בעוד שהיה טוס' להציל א"ז היה נשרף זה דל"ד למעו' ופירו' של מעו' אין טורח להציל שעם הצלת הפירו' יכול להציל מעו' דאיכ' תקנה לבעל המעות בלא הפסד בעל הפירות ואם לא הציל פושע הוא וחייב עכ"ל הרי דראב"ן ק"ל בחליפין חטים בשעורי' דליתקנו שיהא קונה החטים שמשך והשעורי' נמי יהיו ברשותו עד שימשכם בעל החטים כדי שיצלם בעל השעורי' ותי' דאין לתקן תקנ' לזה והפסד לזה דשמא בעוד שהוא מציל א"ז נשרף זה וכו' דבקנין מעות לא ק"ל דליתקנו שיהו המטלטלין ברשות המוכר כדי שיצילם דאין לו הפסד דאין טורח להציל המעות דא"ל כתי' ה' נמח לדק דכיון דמעות קונות והמטלטלי' קנה הלוקח ואם יתקנו שיהיו ברשות המוכר לאחריות אחר משיכת הלוקח תקנה לזה והפסד לזה לא תקנו שיפסי' המוכר אבל בקנין חליפין ק"ל שיתקנו שיהא קונה החטים שמשך והשעורים נמי יהיו ברשותו כיון שלא משכם בעל החטים :

ז' הגה"ה וכן אם התנה בהדיא דהמעות יקנו קנה כ"כ מרן הב"י כדאמרי' קרקע דאי אמר אי בעינא בכספא אקני קנה והד"מ כתב דל"ד דהתם אינו תקנת חכמים שלא יקנה בכסף רק שהוא מקום שנוהגים לכתוב שטר ולכך מהני תנאי אבל הכא דתקנת חכמים אימא לא פלוג בתקנתם וכן הסכים הפרישה בסי' ר"א והביא ראיה ממ"ש הר"ן והביאו הב"י סימן קל"ד דאם א"ל יקנה במסירה היכא דבעי משיכה או לקנות במשיכ' בר"ה לא קנ' דל"ד לאומר אי בעי בכספא וכו' ע"ש ולאו ראיה היא דהתם בדבר שאינו קנין לא מהני תנאי אבל המעות דקנו מדאורייית' וחכמים שתקנו שלא יקנה מהני תנאי וכן כתב המח"א בה' קנין מעות סי' ב' ע"ש ואם כן לר"ל דמשיכה מדאורייתא ולא המעות לא מהני תנאי ובש"מ למציעא דמ"ז ע"ב כתב וז"ל רשב"ל אומר משיכ' מפורשת מה"ת וא"ת מנ"מ אי הוי מה"ת או מתקנת חכמים ס"ס לא קנו מעות אלא משיכה וי"ל דנ"מ לענין מילתא דלא שכיחא דלא גזרו רבנן וכולי ואי משיכה מן התור' אם כן במילתא דלא שכיחא נמי לא קנו מעות א"כ נ"מ לענין מעילה וכו' תו' חיצוניות עיין שם ולדברי מרן הב"י כ"מ לר"י דאע"ג דתקנו חכמים שלא יקנו מעות אם התנו בהדיא שיקנו המעות יקנה אבל לר"ל דמשיכה מה"ת ולא מעות לא מהני תנאי והרב הלכות יום טוב דל"ב ע"ד הביא ראייה מדאמרינן בפ"ב דבכורות גבי הלוקח גרוטאות וכו' וא"א מעות קונות משיכה ל"ל הב"ע שקבל עליו לדון בדיני ישראל וכו' אלמא אע"ג דאין דינו של גוי רק בכסף אם רצה שיהא דינו כישראל דקונה במשיכה ש"ד וה"נ בישראל אף שעקרו חכמים קנין מעו' לגבי כל ישראל מ"מ כשהתנה בהדיא שיהא דינו כדין יתומים והקדש דקי"ל דאוקמוה אדין תורה דקוני' ומקני' בכסף ש"ד והרב שם הביא מה שהק' המח"א על הראשוני' שכ' דהרוצה למכור בהמה לגוי כדי לפוטרה מן הבכור' יקח ממנו במעות וג"כ ימשוך אותה הגוי לרשותו דל"ל הא כשיתנה עם הגוי שיקנה במשיכה או בדמים סגי כדאמר גבי הלוקח גרוטאות מהגוי ותי' דה"ד כל זמן שלא חזר בו הגוי שסבר וקבל קנין הישראל אין ישראל יכול לבטל הקנין אבל אם הגוי בעצמו חזר בו ורוצה לבטל המקח מטעם דלא קנה קנין הגוי יכול לחזור דמה שקבל לדון בדיני ישראל דבור בעלמא הוא בלא קנין ולמה לא יוכל לחזור דאתי דבור ומבטל דבור ולא מהני קבלתו אלא לענין שאין הישראל יכול לחזור אם הגוי לא חזר עכ"ד ולכאורה נראה דה"ה ישראל עם הישראל שהתנו שיקנו במעות בדבור בעלמא בלא קנין יכולי' לחזור דאתי דבור ומבטל דבור' אבל הא ליתא שהרי מרן הב"י למד כן מדאמרינן גבי קרקע דאם אמר אי בעינא בכספא אקני קנה כדאיתא בסימן ק"ץ והתם אם התנה הלוקח אם ארצה אקנה בכסף ונתן הכסף על תנאי זה אין המוכר יכול לחזור ואם התנה המוכר אין הלוקח יכול לחזור וה"נ אם התנה שיקנה בכסף בלא משיכה אין יכול לחזור ואם כן אם התנה ישראל עם הגוי שיקנה בקנין ישראל אמאי הגוי יכול לחזור וכן ק' על הטור י"ד סי' קל"ב שכ' וז"ל ישראל שמוכר יינו לגוי צריך ליזהר שלא יאסר בעודו ברשותו כיצד יעשה יקח ממנו המעות קודם שימכור לו היין ויתנה עמו שיתנם לו במתנה אף אם לא יתן לו היין דאל"ה לא נקנו לו שאין מעות קונות בגוי וכולי וכן כתבו התוס' בע"ז דע"א ועיין שם תי' אחרים ואמאי הא סגי להתנות הגוי שיקנה במעות כדין ישראל והתו' ריש קידושין בד"ה והשה וכו' הוכיחו דגוי קונה בחליפי' מדאמרי' גבי ע"ע הנמכר לגוי מכסף מקנתו בכסף נקנ' ואינו נקנה בחליפין ש"מ דשאר דברים נקנים בחליפין לנכרי עיין שם וא"ת אימא דשאר דברי' אין נקני' בחליפין לגוי אלא דאם התנה בהדיא שיקנו בחליפין בדיני ישראל קנה ואשמעי' קרא דאין ע"ע נקנה בחליפין אפי' התנה בהדיא ואי אמרינן דישראל עם ישראל לא מהני תנאי לקנות במעות ניחא דגבי יין נסך לא מהני תנאי עם הגוי לקנות במעות דדוקא למ"ד דגוי קונה במעות ולא במשיכה מהני תנאי לדון בדיני ישראל לקנות במשיכה אבל למ"ד דגוי קונה במשיכה ולא במעות לא מהני תנאי לדון בדיני ישראל לקנות במעות כיון שעקרו חכמים קנין מעות לגבי ישראל אבל לגבי קני סודר דמהני בישראל ק' אמאי (א"ה עכ"מ) ואח"כ מצאתי וה' קרית מלך רב וכולי) וה' קרית מלך רב ח"ב בספ"א מה' זכיה הק' בשם הרב אביו דא"כ מאי פריך בע"ז דס"ג וכי אמר בטלה זה מאי הוי הא מחסרא משיכה וכולי אמאי לא מוקי לה בדפירש ותי' דעיקר הקו' אינה אלא אליבא דר"ל אבל לר"י דלענין אתנן אזלי' בתר קנין מעות דאורייתא ולר"ל דמעות אינם קונות מדאורייתא אלא במשיכה אפי' פירש לא מהני כיון דאינו קנין עיין שם וליתא שהרי כ' התוס' שם דמשני בזונה גויה לרשב"ל דאמר לטעמיך במשיכה הא לגוי בכסף דאלו לר"י אית ליה דגוי במשיכה ומשום דר"ח דס"ל כר"י משני ואבע"א וכו' עיין שם וא"כ אכתי ק' אמאי דחקי' אליבא דר"י לאוקומה בדקאי בחצרה ושויה ניהלה אפותיקי בתנאי

לוקמא

לוקמא בדפי' לקנות בלא משיכ' מיהו בלא"ה מצי לאוקומ' בהקנה לה הטלה בקנין סודר ונראה מבוס דא"כ כיון שקנאתו במעות או בק"ס נעשה א' והרי הוא כפקדון אצלו ודאי דהוי אתנן ומאי ואח"ך נתן לה אפילו וכולי דכי מסני בזונה גויה אשמעי' היא גופה דגוי קונה בלא משיכה וכן באפותיקי אשמעי' דאע"ג דבידו ליתן לה המעות ולא זכתה בו עד לאח' הזמן שקבע עמה ולא נתן לה מעות אפ"ה אסור :

ח' דין ט'

מסירה אינה קונה אלא בר"ה וכו' דעת ר"ת דמשיכה קונה בסימטא וכ"ש מסירה דעדיפא ממשיכה וכן פירש"י וז"ל רב האי בספר המקח שער י"ג דל"ב ע"ב וענין המסירה כך היא לעולם אינה קונה במסירה אא"כ פי' לו המוכר ללוקח קנה אפילו במסירה או שא"ל בלבון שדומה ממנו שרוצה בהקנאתו אליו ואפי' במסירה בהיא פחותה מכולן וכו' והיכא שפי' לו הכי אפי' בר"ה קנה וכ"ש בסימטא וכ"ש אם הוסיף הלוקח בחוזק הקנייה ומשך או הגביה וכולי אפילו רבנן הודו לר' דמסירה קונה בר"ה וכולי וכיון שהמוכר רוצה בכך אפילו בר"ה נמי קנה וכ"ש במשיכה וכולי ומשיכה והגבהה כיון שהלוקח והמוכר קבלו על עצמם המקח וכו' ובא הלוקח ומשך או הגביה הרי זה קנה הלוקח אע"פ שלא א"ל המוכר לך ומשוך וקנה ולך והגביה וקנה אבל לענין המסיר' אם לא עשה שם המוכר אלא מסיר' בלבד ולא פי' ללוקח לך וחזק וקנה לא קנה לפי שהיא פחותה מכולם עכ"ל :

ח' דין י"ב

והלך הלוקח ומשך לא קנה עד שימשכנה כדינה וכולי וה"מ בפניו ובסתמא או דא"ל לך והחזיק וקנה אבל אם א"ל לך וקנה במסירה והלך הלוקח ומשך לה מיד אע"ג דמשכה מר"ה לסימט' נמי לא קנה דהא גלי דעתיה דמוכר דבמסיר' ניחא ליה להקנות לו וכיון דמוכר לא ניחא ליה להקנות במשיכה ולוקח לא ניחא ליה לקנו' במסיר' אלא במשיכ' לא קנה אבל ודאי אם הכניסה לרשותו דלוקח או שכר את מקומה קנה הרמ"ה בפרק הספינה סימן כ"ו עיין שם ונראה דס"ל דאם א"ל לך וקנה במסירה והלך ומשך אף ע"ג דמשיכה עדיפא ממסירה כיון דא"ל קנה במסירה ודאי למעט קניה אחרת הוא מיהו ה"ד משיכה דתפסת מועט תפסת אבל בשכירות מקום או בהגבהה דעדיפא ממשיכ' קנה והא דנקט הרמ"ה הכניסה לרשותו ושכירות מקום משו' דספינה לאו בת הגבהה היא אבל אי שייך הגבהה וא"ל קני במסירה אמרי' דממעט משיכה דוקא הוא אבל הגבהה ושכירות מקום תרוייהו כהדדי נינהו כמ"ש בסי' כ"ה עיין שם :

ט' (השאלה נאבדה)

תשובה נראה דאפי' לדעת רב האי והרי"ף דהמעות הוי כהלואה ברשות המוכר וחייב באחריותו אפי' מאונסים גדולים כבר כ' המח"א בה' גזילה סימן כ"ד וכן כתב בה' קנין מעות סי' י"ב דאם לא נתקיי' המקח המעות חוזרין בעין וגזל הם ביד המוכר אם לא החזירם ומה"ט אם קיבל מי שפרע אינן ברשות המוכר ובזה ניחא מאי דק"ל על הרי"ף דמאחר דס"ל דכיון דמעיקרא אדעתא להוליאם הוו הלואה גביה א"כ כי נמי א"ל בקול זוזך אחר קבלת מי שפרע לא נפטר מאחריותם עד שיעשה השבה גמורה כדין כל מלוה אלא דכל שאינו רולה להשלים לו מקחו הרי זה חייב להחזיר ללוקח מעותיו כמות שהם ואינו יכול לומר לו אפרע לך ממקום אחר וכן כתב הריטב"א בחי' שם וכן כתב הר"ב בש"מ בפ' הזהב וז"ל משמע מדברי הרי"ף דאי קבל עליו מי שפרע וא"ל שקול זוזך ואיתניסו פטור ואין זה ברור דכיון דאמרי' דהני זוזי אתו לידיה כדין מלוה הרי במלוה ודאי אם א"ל לוה למלוה הרי מעותיך מזומני' תא שקול זוזך לא מיפטר בכך עד שיתנם לידו וכו' וא"ל כיון דהני זוזי לא אפקי' וכבר קבל עליו מי שפרע הרי בטל מכאן תורת מקח ולית ליה לאפוקי' מכאן ואילך אלא כפקדון הוו גביה ובעי למהדרי' למאריה ובפקדון ודאי כיון דא"ל טול את שלך פטור וכו' עכ"ל הרי דחזרו המעות פקדון וא"כ בנדון דידן המעות ביד הגוי הרי הם כפקדון ומהר"י ן' הרא"ש ואחיו ה"ר יעקב בתשו' שהביא מרן הב"י בס"י ל"ע שכתב אם כן המעות הם הלואה אצלו ונמצא הוא חייב לב"ח מדר' נתן וכולי נראה דס"ל כדעת הרמ"ה והסכים עמו הטור דאפי' קבל עליו מי שפרע וא"ל טול מעותיך חייב בכל האונסים כדין מלוה גמורה עד שיעשה השבה שמועלת במלוה עיין שם מיהו נראה דה"ד לחייבו למוכר באונסים אבל להפסיד הלוקח מעותיו לא אמרי' הכי וכן ראיתי לה' שמחת יום טוב סימן כ"ד שהכריח חי' זה מדברי הטור וכן הרמב"ם בפ' כ"ו מה' מלוה דין י"ב שכ' האשה שלותה מלוה על פה דאם היו אותם מעות ההלואה בעין יחזרו אותם למלוה והמ"מ תמה כיון דמלוה להוצאה ניתנה תכף שלותה זכה בה הבעל וכולי ונראה דה"ט כיון דאינו יכול ליפרע ממנה הוי הלואה בטעות דאלו היה יודע שהיה מפסיד מעותיו לא היה מלוה לה וכיון שהיא בטעות חזרו המעות פקדון בידה ומ"ה יחזרו לו מעותיו ע"ש וה"כ לא אמרי' דהוו הלואה כדי שיפסיד זה מעותיו ועיין בתשו' מה"ר לבי סי' ס"ת :

סימן ר'

א' דין ה'

כליו וכו' לא קנה כן הוכיח הר"ן פ' הזורק וכן הסכים ביש של שלמה ששסי' ה' עיי"ש :

סימן ר"א

א' דין ב'

וכן כל דבר שנהגו התגרים וכו' ונראה דאפי' קנין קרקע מהני מנהגם דהא הוי דבר של מעות וכתב הרשב"א דבכל דבר של ממון ע"פ מנהגם קונים וכולי ואם כן מ"ל מטלטלין ומ"ל קרקעות מהר"ס מטראני בתשו' בס' אבקת רוכל סימן פ' ומרן שם בסימן פ"א נראה מסכים נמי בזה ע"ש :

סימן ר"ב

א' דין א'

המקנה קרקע ומטלטלין כא' וכו' התום' בקמא די"ב בד"ה אגא וכו' כתבו דקנין אגב מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא וכן כתב הרא"ש בפ' הגוזל והובא בב"י סימן שס"ג עיין שם בהס"ך וה' בית יהודה בח"מ סי' י"ב כ' שכן מוכח מדברי הרמב"ם דקנין אגב דרבנן שכ' בפ"ו מה' מכירה המקנה שט"ח אגב קרקע דקנה השטר ויכול למחול אחר שמכרו והא אינו יכול למחול אלא בקנין דרבנן וכ"כ הלח"מ שם ע"ש ולא דק דכל קנין שטרות בכו"מ או באגב הוי דרבנן כיון דמילי נינהו אבל קנין מטלטלין אגב קרקע מדאורייתא ובפ' הספינה מדמי' קנין דרבנן לקנין דאורייתא וכן

מבואר

מבואר בדברי הלח"מ שם וכ"כ הרמ"ה בפ' מי שמת סימן פ"ג וז"ל ושמעי' נמי דמכירת שטרות שט"ח וכולי מדרבנן בעלמא הוא דאי מדאורייתא כי חזר המוכר או יורשו ומחלו אמאי מחול וכו' וכי תימא ואי מדאורייתא לא קני לה אמאי אילטריך קרא למעוטי שטרות מאונאה כי אילטריך קרא למעוטי בשטר פקדון דכיון דפקדון כל היכא דאיתיה ברשות דמריה קאי ומאי מקני ליה לגופיה קנין גמור כי מזבין ליה לשטרא נמי וכתב ליה קני לך וכל זכות דאית בה קני ליה לשטרא ולממונא דכתיב ביה כל היכא דאיתיה קנין גמור ושוב אין המוכר יכול למחול והוא דקני אגב ארעא דקני ליה לשטרא וקני להו למטלטלין כל היכא דאיתיה א"כ דקנו מניה והוי ההוא פקדון נמי דלאו מטבע וכו' עכ"ל הרי דס"ל דקנין אגב וקנין סודר הוו דאורייתא ושטר פקדון אפילו מטבע נקנה באגב מדאורייתא ואין המוכר יכול למחול או אם אינו מטבע נקנה בק"ס מדאורייתא ואין המוכר יכול למחול אבל שטר חוב דאין החוב נקנה אג"ק ולא בק"ס אם כן השטר דמילי נינהו לא נקנה מדרבנן ולכך המוכר יכול למחול והרמב"ס לא כ' אלא המקנה שט"ח אגב קרקע דיכול למחול אבל המוכר שטר פקדון אגב קרקע אה"נ דאינו יכול למחול כדברי הרמ"ה וכ"כ הריטב"א בחי' לקידושין דכ"ו שכן דעת רבו דקנין אגב מדאורייתא עיין שם וה' כנה"ג הגב"י אות ד' נסתפק אם היה לו מטלטלין ברשות המקבל והקנה אותם לו אגב קרקע מי נימא דגלי דעתיה הנותן דלא ליקני אלא אגב קרקע כדאמרי' בפ"ק דמציעא גבי ראה את המציאה ונפל לו עליה דכיון דנפל לו עליה גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד"א לא ניחא ליה דליקני ולמ"ד דלא קי"ל כההוא שינויא לא מבע"ל ויש לחלק דהתם גבי מציאה גלי דעתיה דנופל עליה שלא רצה שיקנו לו ד' אמות שלו אבל בנותן מתנה שהנותן אינו רוצה שיקנה להמקבל ד' אמות שלו מנ"ל שגילוי דעת הנותן יחוב למקבל שלא יקנה לו חצרו ע"ש ולא ראה מ"ש הטור בסימן קל"ז בשם הרמ"ה דאם הוא ברשות הלוקח ולא קבל עליו המוכר שמכר לו שתם אלא א"ל משוך וקני גלי דעתיה דלא ניח"ל דליקני ליה רשות ללוקח ודברי הרמ"ה הם בפ' השותפין סי' כ"ה עיין שם הרי דס"ל דמהני גילוי דעת המוכר לחוב ללוקח שלא יקנה לו חצרו והיינו כמ"ד דאפי' בקנין מדאוריית' מהני גילוי דעת דחצרו קונה מדאורייתא והתימא על ה' כנה"ג שכ' דגם למ"ד דלא מהני גילוי דעת אלא בקנין דרבנן נסתפק כן משום דקנין אגב מדרבנן ע"ש דאפילו בקנין אגב דרבנן כיון דקנין חצר דאוריית' :

ולבאור' נראה דהיינו כמ"ד דאפי' בקנין דאורייתא מהני גילוי דעת דחצרו קונה מדאורייתא אבל בסי' רס"ח כ' מרן הב"י דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש ס"ל דלא קי"ל דהך שינויא כדעת הרא"ה דאפי' בקנין דרבנן לא מהני גילוי דעת וכן דעת הטור שם שכתב בד"א בסימטא וכו' ולפיכך ראה המציאה בר"ה ונפל לו עליה לקנותה לא קנאו עד שיגיע לידו ואם קדם אחר והגביה קנאה עיין שם משמע דבסימטא קנה ולא מהני גילוי דעת וכן פסק מור"ם שם ואלו הכא בסימן קל"ז פס' דאפילו בקנין דאורייתא מהני גילוי דעת ואין חצרו קונה לו וא"ל להפך דגילוי דעת הלוקח והמקבל לא מהני דדרכו לפרש יותר לפי שבכל דבר מסופ' יד הלוקח על התחתונה מה שאין כן הנותן והמוכר וכי האי גוונא כ' הר"ן גבי דלא דייקינן לישנא יתירא אלא בנותן דאין צריך לפרש דנכסי בחזקתו הם מה שאין כן במקבל הביאו מרן הב"י בסימן רמ"ח עיין שם והכא נמי אם הזוכה עשה קנין אחר לא אמרינן גלי דעתיה אך קשה על מרן שפ' בסימן קל"ח סי"ב אף על גב דמסירה קונה בר"ה ואין צריך שימסור לו מיד ליד אם התחיל למשוך גילה דעתו שאינו רוצה לקנות בחזקה זו אלא במשיכה ואם לא עשה משיכה כדינה מר"ה לסימטא לא קנה והם דברי הרשב"א בשם מהר"י ן' מיגש הובא בבית יוסף עיין שם והוא אזיל לטעמיה דסבירא ליה דקיימא לן כההוא שינויא כמבואר בסימן רס"ח בב"י אבל לדעת הרי"ף והרמב"ם דלא קיימ' כהך שינויא אמאי מהני הכא גילוי דעת הלוקח ואפשר לומר דדוקא התם לא מהני גילוי דעת משום דבנפילה לא קנה כלל ולא אמרינן שטעה בדבר שאינו קנין כלל אבל גבי משיכה דקונה אמרינן דלא רצה לקנות במסירה אלא במשיכה ואם כן נראה דגם הטור בסי' קל"ז שכ' דאם הוא ברשות הלוקח ואמר לו המוכר משוך וקני גיל' דעתו דלא רצה להקנות לו רשות לוקח ההי טעמ' משום דג"כ' קנין היא ואע"ג דחצירו קונה לו מדאורי' אמרי' דלא רצה להקנות לו אלא במשיכה דהיא קנין דרבנן אע"ג דהוי קנין דרבנן ואין חי' בין גילוי דעת הנותן למקבל וא"כ אפי' למאן דאמר דלא קיימא לן כהך שינויא נראה דאם היו לו מטלטלין ברשות המקבל והקנה אותם לו אגב קרקע לכולי עלמא אמרינן דלא רצה להקנות לו חצרו אלא אגב קרקע ודלא כהר' כנסת הגדולה ושוב נדפס ספר מעין גנים לרב אד"א וראיתי לו בסימן קל"ח שתי' כן בדע' מרן ותירץ עוד דבמוקח ומוכר מהני גילוי דעת דאמרי' שהלוקח לא רצה לקנות ומשהה הקנין כדי שיוכל לחזור בו אבל מציאה למה ישהה קניינו שלא יקנה בד"א ע"ש ונראה דמתנה דינה כמכר דאם המקבל משך אמרינן דלא רצה להקנות במסירה מיד דשונא מתנות הוא ומשהה הקנין והריב"ש סימן שמ"ה כתב וז"ל ול"ד נמי לאאי דאמרינן בפר' קמא דמציעא גבי ראה את המציאה ונפל לו עליה ש"ה דכיון דנפל לו עליה גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד"א לא ניחא ליה דליקני דהתם הוא דאין ארבע אמות קונות לו שלא מדעתו ואם היה דעתו שיקנה מדין ארבע אמות לא היה צריך לנפילה שכב' קנה בד"א וכו' אבל במי שמקנה בשני קנינים אף ע"פ שאין ארבע אמות מועיל קנה מדין האחר ולא אמרי' לא גמר להקנותו אלא בשניהם וכו' אלא אמרינן דליפות כחו כ' כן וכו' עיין שם ומהר"י ן' מיגש בתשו' סימן ק"ו כת' דה"ט כיון שגלה דעתו דלא ניחא ליה דליקני ליה ארבע אמות אם כן הני ארבע אמות לאו חצרו כלל אבל אם היתה המציאה בחצרו ונפל עליה לא אמרינן כיון שנפל עליה גלי דעתיה דלא ניחא ליה דתקנה לו וכן אם מחל חוב בקנין גרוע לא אמרינן הואיל וכוון למחול בקנין ובביטול הקנין נתבטלה המתנה עיין שם וכן כ' מהרא"נ"ח סי' ע"ז הביאו הרב כנסת הגדולה בסימן רמ"ח הגהו' ב"י אות ל"ה דאם מחל חוב בקנין או שנתן דבר מעו' המופקדים ביד המקבל בקנין לא אמרינן דלא גמר להקנותו אלא בקנין ואין קנין קונה במעות עיין שם וכן ראיתי למהרשד"ם סימן ש"א שכתב דמתנה בשטר בקנין גמו' כל נכסיה מטלטלין וכסף וזהב ומעות שכ' ואין לערער על המתנה מהא דקיימא לן דמטלטלין אינן נקנים בשטר ומעות אין נקנים בחליפין וכולי דמתנה זו אינה צריכה שום דבר וכו' כיון שהכל היה בידו ברשותו וכולי עש"ב הרי דסבי"ל כיון שהעדים מעידים שמסר הכל ביד המקב' המתנה אפילו היא בקנין דלא מהני למעות לא אמרינן דלא גמר להקנות אלא בקנין ואין קנין במעות וה"כ אם

נתן

נתן מטלטלין שבחצר המקבל אגב קרקע קנה וגו' דלמאן דאמר דקנין אגב דרבנן אם מכר מטלטלין באגב וחזר ומחלן או נתנם לאחר בקנין דאורייתא קנה השני וכן דקד' ה' לחם שלמה בקו' קנין אגב סימן מ"ה מדברי המבי"ט סימן פ"ה דדוקא בקנין סודר אינו יכול למחול משו' דקנין סודר דאורייתא אבל בקנין דרבנן יכול לחזור כמו במוכר שטר חוב לחבירו דיכול למחול מהאי טעמא דקנין שטרו' דרבנן עיין שם וכן בתשובות הגאונים שכתבתי ברים סי' ס"ו עי"ש :

ב' נקנו המטלטלין וכולי בפרק קמא דקידושין אמר רבא לא שנו אלא שנתן דמי כולן אבל לא נתן דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו ונראה דה"ט כדאמר שמואל גבי שטר דלא קנה במכר עד שיתן דמי' דלא גמר מוכר ומקנה עד דקבל דמי' והכא נמי בקנין אגב לא גמר ומקנה עד דקבל דמים ומהריט"א בספר קהלת יעקב דף ז' תמה למאן דאמר דקנין אגב דאורייתא כיון דמעות קונות ד"ת מנ"מ בקנין אגב דבעינן עד שיתן דמים ואפשר לומר דנ"מ בקנין אגב אפילו לא נתן מעו' בעין אלא שהמוכר היה חייב ללוקח דמלוה אינה קונה ובאגב קונה עם המלוה עיין שם וכן כתבו התוס' דכ"ז ע"ב בד"ה במה דברים אמורים וכולי וז"ל וה"ר שמואל מאיבר"א פירש שנתן דמי כולן כגון שהמוכר היה חייב ללוקח מעות כבר והשתא ניחא דבאותם מעות לא היה קונה וכו' עיין שם וכן כתב הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סימן קצ"א והמ"מ בפ"ז מהלכות מכירה גבי שטר דאם היה חייב לו קנה בשטר עי"ש אבל בעל התרומו' שער ס"ד ח"ג גבי שטר דלא קנה עד שיתן דמים בעין ולא סגי במלוה נראה דהכא נמי בקנין אגב בעינן עד שיתן דמים בעין ואם כן קשה מאי נפקא מינה בקנין אגב וכן לדעת הרמב"ם דקונה במלוה מאי נפקא מינה בקנין אגב ומה שתירץ ה' דרבא סבירא ליה כר"ל וכן כתבו התוספות בע"ז דע"א בד"ה רב אשי וכולי ליתא דהתוספות שם בע"ז הוכיחו דרבא סבירא ליה כר"י ולא כר"ל מדאמר בפר' החולץ דהלכה כר"ל בהלת נולי הא בעלמא סבירא ליה כר"י עיין שם מיהו כבר כ' הריטב"א בחי' גבי שטר וז"ל וכ"ת נתן לו דמים למה ליה למקני מדין שטר ליקני בכסף וכו' הא ליתא דהא קני במוכר שדהו מפני רעתה אי נמי בדפרים ליקני בשטר לחוד או דלא ליקני בכסף אי נמי בשנתן לו דמים שאינם ראוים לקנות כגון מלוה וכו' עכ"ל ואם כן אפשר לומר בקנין אגב בדפרים דליקני באגב לבד או דלא ליקני בכסף וכן כתב הרשב"א בחי' דאם פירש קנה באגב לבד עיין שם וכן כתבו התוספות רי"ד גבי מכר לו עשר שדות וכולי כגון שלא רצה להקנותו בכסף אלא בחזקה ובמטלטלים באגב אם שיקנה הכל קנה ורבא לא אמר אלא רק בסת' אבל היכא דפרים פרים עיין שם אך קשה שהרי עקרו קנין מעות במטלטלין שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה ואם כן הכא נמי בקנין אגב דבעי' שיתן דמים ניחוש שמא יאמר לו נשרפו וכן בקנין סודר למאן דאמר דדינו כשט' ולא קנה עד שיתן דמים במטלטלין ניחוש שמא יאמר לו נשרפו ויש לומר כיון דבקנין אגב וחליפין אי פרים דקנ' בלא מעות שייך שמא יאמר לו נשרפו הכא נמי אפילו בסתם דעיקר הקנין הוא בקנין סודר או באגב אלא דלא גמר והקנה עד שיתן דמים ולא עקרו רק קנין מעות אבל בקנין סודר ואגב לא פלוג רבנן ועי' בספר קהל' יעקב דף ל"ז ע"ג :

ג' הג"ה ויש אומרים דאפי' קרקע בשכירו' ומטלטלין במתנה וכולי וקרקע מושאל ומטלטלים במתנה יש מי שכ' דלא קנה ומדברי התוספות נראה דקנה ר' ירוחם ולא ידעתי למה יגרע שאלה משכירות וכן מוכח להדיא מדברי התוס' פ"ק דמציעא והרא"ש שם הש"ך וכן כתב בעל העיטור בדיני אגב דכ"ח ע"ב וז"ל וכי מקני ליה ארעא לא בעי ליה למיתיב ניהליה במתנה אלא אפילו בשכירות וא"כ בשאלה וכו' ושם ע"ג כ' וז"ל וש"מ פרוזבול ואגב חד דינא אית להו וכי היכי דאמרי' בפרוזבו' מזכה לו שדהו ואמרינן נמי השאיל ממנו מקום לתנור וכירים כותב עליו פרוזבול ה"נ לענין אגב בשאלה או בשכירות סגי וכולי עיין שם והרשב"ש בספר תקון סופרים שער י"ט הביא דברי בעל העיטור והרשב"א בתשו' שכ"כ דכל שכותב עליו פרוזבול מקנה ע"ג וכן כת' הטור סי' ק"א דבשאלת מקום או בשכירות סגי עיין שם :

ד' דין ב' בד"א כשהיו אותם מטלטלי' צבורים וכו' נר' דס"ל דכיון שהקנו קרק' הו"ל כחצירו שקונה ולא נתחוורו דבריו לאחרונים דה"א דדוק' בעומד בצד חצרו או חצרו המשתמרת וכולי הרשב"ש בס' תקון סופרים שער ט"ו עיין שם :

ה' הג"ה וי"א דאפילו צבורי' וכו' כתב הש"ך דס"ל דאפי' בחצר המשתמרת לא מהני וה"ט דאין חצרו קונה אלא כשהיא כבר חצרו משא"כ דחצרו ומתנתו באים כאחד עיין שם וכבר הסמ"ג עשין ע"ד כ' סברא זו בשם ריב"ן וז"ל המוליך מעות בגל וכו' ואף על פי שחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו לא קנה כאן חצרו מפני שזה דבר שאינו עשוי לימלא ועוד פירש ר' משה הטעם מפני שזו תשובה כאבודה ממנו ומכל אדם וריב"ן פי' דהוי חצרו הבאה לאחר מכאן שהכלי היה טמון מימי אמוריים ועדיין לא היה חצרו עד לאח' מכאן וכו' עיין שם והרב דברי אמת בקו' ז' הביא תי' זה בשם תו' חיצוניות בס' אסיפת זקנים במציעא בפ' א"מ וכ' שהיא דעת יחיד ולא מצאתי לו חבר עיין שם ולא ראה הסמ"ג שכ"כ בשם ריב"ן ומשמע דס"ל כוותיה והב"ח בסי' ר"ם הביאו ע"ש והמח"א הלכו' מכירה והרב חסדי דוד בפי' לתוספתא פ"ב דבתרא דחו דברי הש"ך עיין שם באורך ולא ראו דברי הסמ"ג בשם ריב"ן ומה שהק' ה' דברי אמת שם מדאמר רבא בגיטין דכ"א כתב לה גט ונתנו ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה קנאתו ומגורשת בו והא חצר מהלכת בכפות עיין שם ולא מטעם אגב דעבד לא חשיב כקרק' לענין אגב אלא מדין חצר ותי' דס"ל דרבא מיירי שהבעל נתן הגט ליד עבדו ונתן לה העבד וכבר קנאתו ושוב א"ל הרי את מגורשת ממני בגט זה ע"ש ולפ"ז נראה דס"ל מתנה שנתן הבעל לאשתו קנתה קנין גמור ומיקרי חצרה לענין זכייה והתוס' בבתרא דף כ"א בד"ה במתנה וכו' כ' וז"ל תימא דאמרי' בגיטין בפרק הזורק גבי ההוא ש"מ דכתב גט וכו' מה שקנתה אשה קנה בעלה ומאי קושיא והא במתנה אין הבעל אוכל פירו' אם כן לא קנה בעלה ואור"ת דאין תלוי באכילת פירו' למיקרי חצרה וכולי דלא מיקרי חצרה לענין זכייה אלא כשנותנת ומוכרת קיים הילכך כשנתן לה הבעל אף על גב דאינו אוכל פירות כיון שאם מכרה ונתנה אינו קיי' לא מיקרי חצרה וכו' ובירושלמי לא משמע כפיר"ת וכו' ור"י אומר דאפי' תלוייה הזכייה בפירו' מכל מקו' פריך שפיר התם מה שקנתה אשה קנה בעלה שלא היה נותן לה הבעל מקום הגט אלא משאיל ודוקא במתנה הוא דקאמ' דקנתה ואין הבעל אוכל פירות עכ"ל א"כ לדעת ר"י קרקע שנתן הבעל לאשתו מקרי חצרה לענין זכיה ואם

ואם נתן לה הגט באותו חצר זכתה לה חצרה ומגורשת אבל לדעת ר"ת לא מקרי חצרה לענין זכיה כיון דאם מכרה ונתנה אינו קיים ואם נתן לה החצר ואח"ך נתן לה הגט בחצר אינה מגורשת דמה שקנתה אשה קנה בעלה אא"כ הקנה לה החצר והגט כא' כדאמרי' בר"פ הזורק ואם כן מימרא דרבא דכתב לה גט ונתנו ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה ה"ט משום דהעבד כחצרה וגיטה וחצרה באו כאחד כפירש"י שם והסמ"ג תי' כר"י דההיא דפ' הזורק איירי בשאלה והר"ן בר"פ הזורק תי' דגט זה לא היה בביתו של ש"מ אלא בבית השליח שהוא עשה שליח מעשה לתת גט לאשתו והגט היה עדיין בבית השליח ורבא אמר לשליח דליקני ליה ההוא דוכתא אבל אם הבעל עצמו היה נותן מתנה מתגרשת דמקרי חצרה וכן כתב הריטב"א בחי' בשם רבו ונכון הוא ע"ש גם הרמ"ה הביאו הטור א"ה בסימן פ"ה ס"ל דאם מכרה או נתנה קיים עיין שם ואם כן לכל הני רבוותא מקרי חצרה לענין זכיה ואפ' שזה דעת הראב"ד ותוס' חילוקיות דרבא איירי בנתן לה העבד ואחר כך אמר לה הרי את מגורשת וכו' דזה שנתן לה בעלה מיקרי חצרה :

ז' ויש חולקין וכו' זה דעת הרא"ה וכ' הרשב"ש בס' תקון סופרים שטר י"ט שכן נוטה דעת הר"ן עיין שם אבל הריטב"א בחי' כתב וז"ל ומסתבר' דלשון אגב ממש בעי' ולא סגי בלשון עם וקרא ומתני' דנקט וכולי עיין שם וכן מהרש"ל ביש"ש פרק קמא דקידושין סימן מ"ט דחה דברי הרא"ה עיין שם :

ז' דין ד' הקנה שדה לאפטרופו' וכו' וכן עיקר לפי' כשמקני' מטלטלי' ליתומים כותבים קרקע לאפטרו' ומטלטלי' ליתומים אבל לקטן שאין לו אפטרופו' לא הרשב"ש בס' תיקון סופרים שטר י"ט עיין שם וכו' לדעת הרמב"ם ומרן בסי' רל"ה ס"ז דקטן שקנה קרק' אין המוכר יכול לחזור דזכין לאדם שלא בפניו ע"ש אם כן הכא נמי אם הקנה לקטן קרק' ואגבה מטלטלי קנה אלא דבמקנ' או שקנה לו אפטרופוס הוי זכייה גמורה ואין הקטן יכול לחזור אבל מוכר לקטן יכול הקטן לחזור מיהו נראה דאם הקנה לו קרקע ואגבי מטלטלי' אע"ג דיכול לחזור בקרקע אינו יכול לחזור במטלטלי' דלא גרע ממתנה ע"מ נכ' רש"י והתוס' בערכין דף ל' דאפילו במכר דחוזר נקנה המטלטלין אגבו עיין שם וכ"ש הכא דהמוכר אינו יכול לחזור :

ח' ומטלט' ליתומים קני וכו' כת' מרן הב"י כ"ל דל"ד ליתומים דה"ה לגדול שיש לו אפטרופו' וכו' וה"א דל"ד ליתומים או לעניים דאין להם יד כלל בלא גבאי ובלא אפטרו' משא"כ אדם גדול שאם ירצה הכל בידו אם לא בנשתטה דהוי כמו קטן מהרש"ל ביש"ש פ"ק דקידושין סימן מ"ו עיין שם :

ט' הג"ה גבאי וכו' נראה דס"ל דכל שיש לו טובת הנאה הוי כגבאי מהר"י באסן בתשו' סי' כ"ד עיין שם :

יו"ד דין ו' אין קרקע נקנה אג"ק נראה דלא מהני אגב אלא במטלטלין דלא חשיבי דנגררי' אגב קרקע ומתני' וקרא דוקא דתנן נכסים שאין להם אחריו' נקני' וכו' אבל נכסי' שיש להם וכו' כ"כ בשיטה :

י"א אין קרקע נקנה אג"ק וכולי וכ"ש דאין קרקע נקנה אגב מטלטלי' כדאמרי' בהדיא במציעא דמ"ז עיין שם וכתב מהר"ש צרור בס' חוט המשולש סי' ד' במתנה שכ' בשטר מקרקעי אגב מטלטלי' בטילה ולא תלינן הטעות בסופר עיין שם אבל הרשב"א בתשו' ח"ד סימן רי"ז כתב וז"ל שטר יצא וכתב בו ושעבדתי לך מקרקעי אגב מטלטלי' ויש מי שאומר דלא נשתעבדו לו הקרקעו' לפי שלא שעבדם אלא אגב מטל' ויש מי שאמר שזה נראה כטעות ידי סופר ועוד דמן הסתם כל נכסיו משועבדים לו הדין עם מי תשו' הדין עם השני שאמר כהלכה דאפילו אין כתוב בו אחריות הא קי"ל דאחריות ט"ס וכ"ש זו שכבר פי' שהוא משעבד לו ואע"פ שאמר שהוא משועבדי' לו אגב מטלטלין לא גרע משעבוד סתם וכו' ועוד כי זה ודאי נראה דטעות יד סופר דמי איכא מ"ד דלא ידע שאין קנין אגב מטלטלין אלא ודאי ט"ס הוא לגבי שעבוד הקרקע מיהא עכ"ל ונראה דודאי דה"ה במתנה אמרי' דט"ס הוא מה"ט דמי לא ידע דאין קוני' קרקע אגב מטלטלין אבל אם נתן קרקע אגב קרקע כו' אמרי' דט"ס הוא וכ"כ הרשב"א בסי' ש"א במתנה דלא נקנה אלא באגב ואין קרקע נקנה באגב אלא שקיים המתנה מכח הקנין שכתוב בסוף השטר עיין שם ולא אמרי' דט"ס הוא דאין פשוט והמבי"ט סי' רמ"ט כתב מדכ' הרא"ש בפ' ח"ה דאם א"ל בפי' החזיק בא' מהם וקנה כולן קנה אפי' לא נתן דמים משמע דס"ל דקרקע נקנ' באג"ק עיין שם וליתא שהרי הרשב"א בחי' לקידושין כתב ג"כ וז"ל מיהו כשפירש לו קני קרקע אג"ק א"כ בעשר שדות קני השאר בחזקה של זו קני דהא במתנה וכו' וכן אמרו רבותינו בעלי התוס' משמו של ר"י הזקן עיין שם וכן כתב רבי' ירוחם נתיב י"א ח"א עיין שם והרי התוס' והרשב"א ור' ירוחם ס"ל דאין קרקע נקנה אג"ק והכא קנה מדין חזקה שהחזיק באחד מהם כאלו החזיק בכולן אלא דבסתמ' לא גמר והקנה עד שיתן דמים אבל כשפירש קנה בחזקה ולכאורה נראה דהרשב"א ור' ירוחם ס"ל דבמתנה אם החזיק באחד מהם קנה הכל אבל הרא"ש שכ' בפ' ח"ה דמתנה נראה דהוי כמו מכר ולא נתן דמים כולן ע"ש נראה דס"ל דלא קנה בחזקה אלא דבמכר אהני חזקה כשנותן דמי כולן אבל כשלא נתן דמי כולן :

יו"ד דין ז' קרקע כל שהו וכו' בפ"ק דקידושין להוכיח דלא בעי' צבורין מדתנן קרקע כל שהו וכו' א"א בעי צבורין כל שהו למאי חזי ודחי' כגון שנעץ בה מחט ותלה בה מרגליתא וכ' מהרא"ח הביאו הכנה"ג לכאו' כו' דהא דבעי למימר דאי לא בעי' צבורין קרק' כל שהו סגי היינו משום דלא ס"ד כגון שנעץ בה מחט וכו' אבל למאי דמסיק דלא בעי' צבורין א"ל דמ"מ בעי' קרקע הראוי לצבור עליו אף מטלטלין ומתני' דקתני כל שהו היינו לתלות בו מחט וכו' ע"ש וה' לחם שלמה סי' ך' כתב דאין צריך דהא אמרי' ת"ש דלא בעינן צבורין ממעשה דמרוני א' דלקח בית סלע וכו' א"א בעי' צבורין ב' סלע למאי חזי וכו' הרי בהדיא דאי לא בעי צבורין ניחא דאע"ג דמוקי מתני' בנעץ בו מחט אלא בעי' מקו' לצבור המטלטלי' ע"ש ולא דק דה"כ למאי דמוכח ממעשה דמרוני דלא בעי' צבורין ליכא מקום לצבור לא בעי' ומתני' דקרקע כל שהוא וכולי לאו בנעץ בו מחט איירי אבל למאי דדחי' דבית סלע ק' כסלע והא דלא בעי' צבורין פשיט"ל מדרב הונא דנקנה השטר אגב קרקע אימא דבעי' מקום הראוי לצבור בו המטלטלי' ובית סלע דקס' כסלע וכן ממתני' דקרקע כל שהוא וכולי בנעץ מחט איירי מיהו מדאמר ת"ש מעשה דר"ג וכו' ומקומו מושכר לו ש"מ בעי' צבורין בה ופי' בשיטה מדאיצטריך ר"ג להשכיר מקום המעשר דאי לא בעי' צבורין בשכירות קרקע כל שהוא סגי עיין שם וא"א דבעי' מקום הראוי לצבור

לצבור אימא דלא בעינן צבורין אבל בעינן מקום הראוי לצבור ולכך השכיר להם מקום המעשר דמ"ל מקו' המעשר או מקום אחר אלא ודאי אי לא בעי' צבורין בקרקע כל שהוא סגי ואפשר דהיינו דפסקינן הילכתא צבורין לא בעינן אגב וקנין בעינן מאחר דפשטי' לעיל דלא בעי' צבורין צ"ל לחזור ולפסוק דלא בעי' צבורי' אלא דאשמעי' דלא בעינן צבורין כלל אפילו מקום הראוי לצבור ודוקא אגב וקנין בעי' וז"ל הסמ"ג עשין פ"ב וקרקע כל שהוא קונין ע"ג מטלטלי' שרוצה כדמסקי' שם הילכתא צבורין לא בעינן ואגב וקנין בעי' עכ"ל :

י"ג הג"ה ואין צריך לסיים וכולי מתנה שכתב בה נתתי לו דא"ק ואגבן וכולי לכאורה כיון שלא סיימו הד' אמות לא קנה וכו' אבל מאחר שהמנהג פשוט לכתוב סתם אגב דא"ק בלא סיום אין לפוסלו כמ"ש הריב"ש להכשיר מדין המנהג דומי' דסטימותא וכו' מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סימן ל"ח עיין שם וכתב ה' גנת ורדים כלל ה' סימן ג' דאינו יכול לומר קי"ל כהרמב"ם ומהר"י ן' מיגש מאחר שנהגו דלא כוותייהו עיין שם :

י"ד ויכול להקנות' אגב מקומות של בה"כ וכו' כ' הר"ן משם הרא"ה דמי שיש לו אב אינו יכול לזכות אגב ב"ה לפי שאין לו זכות בה דאע"פ שמתחילה זיכו אותה לכל העולם א"א לזכות אלא לנולדים אבל למי שלא היה בעולם אלא שהבן זכה מכח ירושת אביו ומי שיש לו אב אין לו זכות בב"ה וכתב הרשב"ש בס' תיקון סופרים שטר י"ט ואנו הסכמנו שלא לדון כן אע"ג שמן הדין אינו כלום דתנאי שבממון קיים ע"ש :

ט"ו דין ח' אם היו עבדים בתוכה קנה וכו' כתב ה' פני משה ח"ב סימן ל"ח על שטר מתנה שכתוב בו שנתן לפ' כל מה שיש לו מקרקעי ואגבן מטלטלי' ועבדים ושפחות וכו' פשט הלשון משמע דהעבדי' ושפחות בכלל דאגב קרקע נקנו דתיבת מקרקעי ואגבן וכולי קאי למטלטלי' ומוסף אחר עמו העבדים והשפחו' ואם כן שמדין אגב נקנו העבדים והשפחות בעי' שידוע לנו שהיו באותה שעה עומדות בבית או אפשר דתלי' מסתמא שהיו בבית אבל א"ל דדוקא דלא קאי האגב רק למטלטלי' הסמוך לו אבל העבדים והשפחות נקנה בק"ס כמו שהקנה הקרקע בק"ס ע"ש ונראה דאם כ' מקרקעי ואגבן עבדים ושפחות וכו' לא קני' דלא אמרי' מסתמא היו בביתו באותה שעה ומרן בתשו' בספר אבקת רוכל בסי' ל"ח כתב וז"ל ועל מה שהקנית שלש הבתי' אגב דא"ק ואין קרקע נקנה אג"ק י"ל שאעפ"כ קנתה מפני שמלבד לשון זה של אגב יש לשונות אחרים של מתנה בשטר זה ויש לפרש דלא קיימי הקנין אגב אלא לק"ס שכתוב בסוף קאי עלייהו שהרי כתב ותחזיק והוא לשון מתנה וכולי עיין שם ואם כן בנדון ה' פ"מ שם את"ך כתוב ומעו"מ יזכה ויחזיק במתנה הנז' זכייה גמורה וכו' אמרי' דלא קאי אקנין אגב אלא אקנין סודר זכה וכו' דה"ד דשלא נתן אלא עבדי' או קרקע אגב קרקע כדי שלא לבטל השטר שלא עשו העדים כהוגן אמרינן דלא קאי אקנין אגב אלא אק"ס אבל הכא מתקיים השטר במטלטלין דנקנו אג"ק :

ט"ז אם היו עבדים בתוכה קנה וכולי דעת הרי"ף נראה דאפילו אין העבדים בתוך הקרקע קנה דאין חי' במטלט' בין ניידי בין לא ניידי הכנה"ג ע"ש וכ"כ בשי' קידושין שכן נר' דעת הרי"ף ע"ש :

י"ז דין י"ד לא קנה כלים שעליה וכו' תימא שהרי בפי' דעתו בתפיסת' דאם תפס קנה ושמא סובר הרב כיון דאסיקנא הילכתא בכפות משמע דמסקנה דכשאינה כפותה לא קנה הרשב"ץ חלק שני סימן רע"ב דף כ"ז עיין שם :

סימן ר"ג

א' דין ח' חוץ ממטבע שאינו נקנה בחליפין וכו' לא אמרי' הכי אלא כגון שיש מטבע שיש במקום פלוני ורוצה לקנותו אינו נקנה בחליפין אבל מי שקנה מידו לתת מנה לפלוני קנה לפי שנשתעבדו נכסיו לאותה מתנה הרדב"ז סימן תרס"ד עיין שם ולכאורה שזה תלוי במחלוקת שכ' הטור בסימן רכ"ג סמ"ב וז"ל ש"מ שהיתה אשתו מעוברת ואמר אם תלד אשתי זכר יטול מנה וילדה זכר יטול מנה וכו' פי' רב אלפס והר"י הלוי דהא לא איירי אלא בש"מ שדבריו ככתובי' וכמסורי' דמו אבל לא בבריא דאפי' אם קנו מידו קי"ל אין מטבע נקנה בחליפין וכו' וא"כ דהא לא שייך הכא למימר אין מטבע נקנה בחליפין שאינו קונה לו מנה במטבע רק שמחייב עצמו ליתן לו מנה ומשעבד לזה נכסיו עיין שם בב"י וכ' בית יהודה סי' י"ג בטענה ט' דהרי"ף והר"י הלוי ס"ל דהאומר תנו מנה לפ' ממש דוקא ולא שוה מנה אבל החולקים ס"ל דשוה מנה קאמר עיין שם א"כ הרי"ף והר"י הלוי ס"ל דאפי' מנה סתם אין נקנה בחליפין והחולקים ס"ל דמנה סתם שוה מנה קאמר וקנה והב"ח שם כ' דהרי"ף והר"י הלוי ס"ל דמתני' סתם משמ' אפי' באומר יטול מנה זה שהוא בעין ול' המ"מ לא משמע הכי ועוד דרוב הפוסקי' ס"ל דמנה קאמר ולא שוה מנה וכן פסק מרן ס' י"ט ע"ש ואם כן אינו נקנה בחליפין והטור שם סל"ד כ' וז"ל ש"מ שאמר תנו מנה לפלוני נותנים וכו' וכ' הרמ"ה דוקא במלוה מחמת מיתה שקונה באמירה או במחלק כל נכסיו וכו' אבל היכא דלא אקני אלא חד מנה בסתם לא קני באמירה דהוי מתנת ש"מ במקצת ובעי קנין כמו מתנת בריא והכא כיון דמנה אקני ליה אפילו בקנין לא קני דמטבע אינו נקנה בחליפין עיין שם בב"י הרי דס"ל דמנה סתם אינו נקנה בחליפין וכבר כת' הסמ"ע ס"ק מ"ב דלא אמרי' דשוה מנה קאמ' כמו שכת' הטור בסמ"ב לפי סברתו דשאני הכא דאמר תנו מנה דמשמע מנה בעין עיין שם וכן הסכים הרב בני אהרן סימן ע"ג והר' בני יעקב דף כ"ג ע"ב עיין שם אם כן האומר תנו מנה לפ' לכולי עלמא מנה ממש דוקא ולא שוה מנה אלא דלהרי"ף והר"י הלוי סביר' להו גם באומר יטול מנה מנה ממש דוקא אבל הטור סבירא ליה דיטול מנה לא הקנה מנה במטבע רק שמחייב עצמו ליתן לו מנה ודלא כמהר"י עייאש ועיין בתשו' הרשב"ש סימן קי"ד ומהרשד"ם חא"ה סימן רל"א וראיתי להרמב"ס בתשובות פאר הדור סימן ל"ט שכתב וזה לשונו ראובן ושמעון התנו וכו' שאם יחזור א' מהם צריך ליתן לחבירו מאה דינרים כסף טבי והקלי דמתנה מעכשיו וכו' תשו' צריך שבשעת הקנין היה להם ממון מונח בשום מקום בבית או ביד אחרים ובזה יהיה התנאי קיים דהא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וצריך להחרים חרם סתם אם היה לו ממון בשעת הקנין או לא עכ"ל וא"א אפילו היה ברשותו הא קיימא לן דאין מטבע נקנה בחליפין אלא משמע דסבירא ליה דמה שקנו מידו לתת מנה לפ' קנה לפי שנשתעבדו נכסיו לאותה מתנה גם הטור בסי' קכ"ו בשם הרמ"ה כתב דוקא ממי שהמעות בידו אבל

מהנותן

מהגותן לא מהני קנין דמלוה להוצאה ניתנה ואין אדם מקנ' דבר שאינו ברשותו וכת' הסמ"ע שם סקי"ט דבפקדון לא מהני קנין כשהם מעות דאין מטבע נקנה בחליפין אבל בהלואה דלהוצאה ניתנה ונכסי הלוה משועבדים למלוה הוצרך לטעם דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו עיין שם הרי דסבירא ליה דהלואה נקנית בחליפין. אלא משו' דלהוצאה ניתנה והוי דבר שאינו ברשותו והמרדכי בפר' הכותב כת' בשם ר' אלעזר בר שמשון דאם הקנ' לחבירו גוף המלוה בחליפין או אג"ק אינו יכול למחול וכת' ה' נתיבות משפט דף ע' דטעות סופר נפלה בחליפין דאין מטבע נקנה בחליפין בין פקדון בין מלוה עיין שם וכב' ראיתי לראב"ן בתשו' סימן מ"ח דף י"ט ע"ג שכת' על דברי ראב"ם וזה לשונו אישתבשתא כי מטבע אינו נקנ' בחליפין אבל הלואות וחובות שבתלמוד מטבע הן וכו' עי' שם הרי דראב"ם סבירא ליה דמלוה נקנה בחליפין ולא אמרי' אין מטבע נקנה בחליפין אלא בפקדון אבל ראב"ן סבירא ליה דאין מטבע נקנה בחליפין אפילו במלוה וכן כתב בספר תמים דעים סימן ק"ס וזה לשונו אקניגהו ניהליה אסיפא דביתיה מכאן משמע ליה לרבי דהני זוזי פקדון הוו שהם בעין דאי לא הוו בעין הוה ליה לאקנויי בחליפין וכולי הא חזינן בכמה דוכתי בבחליפין שבסודר יכול להקנות אפילו דבר שאינו בעין הכא נמי מ"ל האלו זוזי לא הוו בעין אלא מלוה הוו גבייהו וכו' עיין שם הרי דסבירא ליה דמיירי במלוה ואפילו הכי אמרי' התם דאין מטבע נקנה בחליפין אלא אגב קרקע אבל ר' סביר"ל דמלוה נקנית בחליפין והתם מיירי בפקדון :

ב' דין יו"ד יש אומרים הואיל וחליפין וכו' זה לשון המרדכי בפר' מי שמת מעשה באחד שהקנה לחבירו בקנין סודר קרקעות ומטלטלין ומעו' בב"א ונחלקו בדבר חכמי הדור דדמי לאת וחמור כמו שלא קנ' המעות גם המטלטלין והקרקעות לא קנה ויש אומ' קנה הכל במגו וכו' ור' שמחה כתב אף על גב דמעות לא קנה קרקעות ומטלטלין קנה וכו' וליכא למימר דדמי לאת וחמור דחמור לאו בר קנין הוא אבל מטבע נקנ' במשיכ' ובהגבהה ובתורת חצר עכ"ל וה' כנה"ג חח"ה סי' קי"ח הגה"ט אות ק"ה נסתפ' דמוחלת כתובתה לבעלה מנכסיו ולאחר מיתה אי מהני המחילה לחלק הנוגע לו או לא מהני מחילה אפילו לחלקו דדמי לאת וחמור ואפילו לרב נחמן דקנה מחצה יש להסתפ' דהתם דוקא שהזוכים הם גופים מחולקים קנה מחצה אבל הכא שהזוכה הוא גוף א' אפשר דלא קנה כלל וכו' והביא מחלוקת זה במקנ' בקנין סודר מטלטלין ומעות ונראה דלמאן דאמר לא קנ' אף על גב דהוי הזוכה גוף א' הכא נמי לא קנה ולמאן דאמר קנה מחצה הכא נמי קנה אלא שאפשר לו' דאפי' למאן דאמר התם קנה מחצה והם הקרקעות והמטלטלין ה"ד משום דאף על גב דהזוכה הוא גוף אחד הדברים הנקנים מחולקים מעות ומטלטלין וקרקע אבל הכא דהזוכ' והדבר הנקנה הכל א' לא קנה עכ"ד ונר' פשוט דאפי' הזוכה גוף א' קנה מחצה לר"נ דבפר' מי שמת מקשה מדתנן מעשה בחמשה נשים ובהן שתי אחיות וכו' ואמר כולכם מקודשות לי בכלכלה זו וכו' אין אחיות מקודשות הא נכריות מקודשות ואמאי את וחמור הוא וכו' משמע אפילו הזוכה גוף א' מדמי' לה לאת וחמור ולמאן דאמר דקנה מחצה ניחא וכן כתבו התוספות והרמ"ה והרשב"א והריטב"א והר"ן בפר' הא"מ עיין שם אלמא אפי' הזוכה גוף א' קנה מחצה וכן כתב המרדכי בפ' מי שמת בשם ר' גרשום בתשו' והובאה גם כן בתשו' מהר"ם האחרונו' בסימן תתמ"ז על יתום קטן שלוה בפני עדים ונתן כל נכסיו לשמעון מקרקעי ומטלטלי' דאין מתנתו מתנ' לגבי מקרקעי אבל לגבי מטלטלי מתנתו קיימת עיי"ש ונראה דסבי"ל דקיימא לן כר"נ באת וחמור דקנה מחצה וה"ה במקנה דבר הנקנה עם דבר שאינו נקנה קנה אפי' הזוכ' גוף א' קנה מחצה וכת' מהרימ"ט חח"מ סי' ל"ז דה"ד במקנה בדמים דליכא הקפדה וכיון דבטל המקח במקצתו בטל כולו אבל במתנ' לא עיין שם וא"כ דמתנ' הוי כמכ' וכי האי גוונא כתב מהר"ם בתשו' הקצרות סימן שט"ו דמתנה נמי תלינן בדעתא דתרווייהו דאי לאו דעבד ליה נייח דנפשיה לא יהיב ליה עיין שם וה' יונה הובא בש' א"ז לבתרא על דף קמ"ח עמוד ב' כתב וזה לשונו הא דקתני מקצת לראשון וכולן לב' ראשון קנה שני לא קנה ואמרינן עלה א"א בשמת תרווייהו ליקנו וכולי ת"ל כיון שאינו יכול לחזור בו בראשון משום דהוה ליה מתנ' במקצת בקנין כשנתן כולו לשני הוה ליה כמו קני את וחמור וכדמקשה עלה בר"פ וכו' שמע מינה דכל הקנאה שאין כולה מתקיימת אין מקצתה מתקיימת וכי היכי דאמרינן מתוך שלא קנה חמור לא קנה זה ה"נ אמרי' שהדברי' הנקנים מבטלים זה את זה כמו שאין זה נקנה כך אין זה נקנה ונראה דלא מקשה הכא אלא א"א בשמת תרווייהו ליקנו סוגיין כמאן דאמר את וחמור קנה והגהרן מגיה לפסק הגאון דפס' כן וכולי עכ"ל הרי דסביר"ל דאפילו הזוכה גוף א' הוא קנה מחצה לר"נ ומשמע אפי' הנקני' לא מחולקים וכן דעת הרמ"ה בפר' י"נ סימן ו' וזה ל' ברם צריך את למידע דכי אמרינן לשון ירושה ובטלה תפקדתיה במקצת בטילה כולה ה"מ דבטלה מטעמא דלא יוכל לברר אבל וכולי דהאומר לבן בין הבנים נכסי לך במתנה ואחריך ירש פ' דקיימא לן דלגבי ההוא שיעורא דחזי לראשון מסתמא מכח ירושה דאורייתא זכו בו מכח ירושה דאורייתא ולית ליה אחריך בגויה כלום דירוש' אין לה הפס' ולגבי שארה דלא זכו בו א' מכח ירוש' אלא מכח מתנה דבריו קיימים כדבעינן לברורי לקמן ולא אמרינן דכיון דבטלה ירושת אחריך במקצת בטלה כולה וכו' דקי"ל כרב נחמן דאמר את וחמור קנה מחצה והוא הדין למקנ' דבר הנקנה עם דבר שאינו נקנה כאת וחמור דמי מדמותבי' עלה מברייתא דקישות וכולי עיין שם הרי דס"ל דמקנה דבר הנקנה עם דבר שאינו נקנה תלוי במחלוקת דלמ"ד באת וחמור לא קנה הכא נמי אמרי' כמו שאין זה נקנ' כך אין זה נקנה ולמאן דאמר דאת וחמור קנה מחצה ה"נ דבר הנקנה ואפילו הזוכה גוף א' ודברים הנקנים אינם מחולקים ובתשו' מהר"ם סי' כ"ב כ' מאחר שהקנין בטל אצל השטרות כל המכר בטל כמו שכת' המרדכי פ' מי שמת וכולי מיהו המרדכי ומהרא"י לא כ"כ בפשיטות אלא הניחו בספק ואם כן המוציא מחבירו עליו הראיה עיין שם ואם כן נראה דאפילו שייך בשטרות קנין בכסף ומסירה אמרינן דלא קנה כלל :

וראיתי להר' כנסת הגדולה בתשו' סי' ר"ה שהקש' מדאמרי' בבתרא דף קכ"ו רב פפא משמיה דרבא סבר אין לו לבכור קודם חלוקה ורב פפי משמיה רבא סבר יש לו לבכור ולא' בפירו' אתמר אלא מכללא אתמר דההוא בכור דאזל זבין דידיה ודפשוט וכולי אתו לקמיה דרבא א"ל לא עשה ולא כלום מר ס' לא עשה כלום לפלגא ומר סבר לכולהו וא"א אימא דלכולי עלמ' יש לו לבכור קודם חלוקה ובהא פליגי מר ס' קני את וחמור קנה מחצה והכא נמי שהקנה דבר שאינו שלו עם דבר שהוא שלו קנה מחצה ומר סבר כמאן דאמר קני

את

את וחמור לא קנה כלל והיינו דאמרינן לא עשה כלום בכולהו נכסים דלטעמא דאין לו לבכור קודם חלוקה חל' פשיטותו מיהא קנה דחלק פשיטותו לכולי עלמא יש לו קודם חלוקה ויכול למכרו וליתנו כמו שכתב הטור בסי' רמ"ח עיין שם בב"י וכן כתב הרמ"ה בפרק י"ג סימן ל"ז בחלק פשיטותו מה שעשה עשוי ואיידי דאשמעי' בדר' פיפי בפלגא דהיינו חלוקה דאחוה לחודיה נקט גם בדר' פפא בכולהו דמשמע אפילו בדנפשיה נמי איכא מקל' דלא עשה ולא כלום וכו' עיין שם אבל אי אמרי' דרב פפא סבירא ליה כמאן דאמר קני את וחמור לא קנה כלום אתי שפיר דאפילו חלק פשיטות לא קנה כמו שלא קנה חלק אחיו דהוי דבר שאינו שלו ומה שהירך דלא מ"ל דפליגי גבי בכור ופשוט בפלוגתא דקני את וחמור דאם כן למה לא הביאו סברת רב ששת דקנה הכל עיין שם ליתא דרבא אמר לא עשה כלום ורב פפא ורב פפי פליג מר סבר כרב נחמן דקנה מחצה ומר סבר כרב המנונא דלא קנה כלל ומה שייך להביא סברת רב ששת דרבא ודאי לא סבר לה כוותיה ועוד קני את וחמור דרב ששת דקנה הכל משום דאדם יודע שאין חמור קונה וגמר בדעתו שמי שיוכל לקנות משניהם יקנה כמו שכת' רשב"ם והכא לא שייך האי טעמא כיון דאין אדם מקנה דבר שאינו שלו מה מהני גמר בדעתו ומה שכתב עוד הרב דהא לאו מילתא הוא דטעם ר' נחמן משום דא"ל את וחמור והכי קאמר הוא מחצה והאה מחצה ולא אבד האיש ההוא חלקו בשביל החמור שלא הלאו זה בזה אבל הכא דבבת א' הקנה אפשר דגם ר"נ מודה כיון שלא הפרים ההקנאות כמו שהפרים באת וחמור ע"ש דבריו תמוהים דא"כ כ"ש דק' אפי' למאן דאמר יש לו לבכור קודם חלוקה ולא עשה כלום בפלגא אמאי קנה מחצה הא אפילו רב נחמן מודה דלא קנה כלל כיון שהקנה בבת א' והא דאמרינן בפר' הא"נ א"ל רבא וליטעמיך אימא סיפא מעשה בה' נשים וכו' הא נכריות מקודשות ה"ד אלימא דאמר כולכם קני את וחמור הוא ולא קנה דנראה לכאורה דרבא סבירא ליה קני את וחמור לא קני כבר כתב הרמ"ה בפרק מי שמת סימן ל"ו דהתם להו אביי ורבא אמרי הכי אלא הש"ס בעי לאוקומי אפי' דר' המנונ' עש"כ וזה מוכרח מדר"פ דהכא דסבר אליבא דרבא דקנה מחלה ולא עשה כלום בפלגא אלמא ס"ל כר"נ דקנה מחלה ואיברא דהריטב"א בחי' שם לקידושין כתב דלא אמרי' קנה מחלה אלא כשפרט פי' הדברים וכן כת' מהרח"ש חלק שני סי' כ"ה דאי הקנה לו חובו' כיון שכללן בעלה א' מלוה בשטר ומלוה ע"פ כי היכי דלא קנה מלוה על פה הכא נמי לא קנה מלוה בשטר ע"ש ואם כן עכ"ל דהכא פירש חלקו וחלק אחיו ולמאן דאמר יש לו לבכור קודם חלוקה לא אמרינן כיון שלא קנה חלק אחיו לא קנה גם כן חלקו דס"ל כר"נ דקני את וחמור דקנה מחלה ולפ"ז א"ש למ"ד דלא עשה כלום בכולהו נכסים דאמר לך ר"פ דכיון דס"ל כר"נ דאין לו לבכור קודם חלוקה כי היכי דלא קנה חלק בכורות לא קנה נמי חלק פשיטות אפילו לרב נחמן כיון דכל חלקו מכר בבת א' אבל אם יש לבכור קודם חלוקה קנה כל חלקו ובודאי פירש חלקו וחלק אחיו ולא אמרי' כיון שלא קנה חלק אחיו לא קנה חלקו דס"ל כר"נ דקנה מחלה אבל מדברי הרמ"ה והר' יונה שכתבתי לעיל נר' דס"ל דאין חיל' דלר"נ אפילו דהקנאה בבת אחת קנה מחלה שיכול לקנות מחלה ואם כן ה"נ פשיטות לכ"ע קנה ולאו דוקא לא עשה כלום בכולהו נכסים קאמ' ומכל מקום נראה דלק"מ דרב פפא אמר בהדיא ס"ל כר"נ דקנה מחלה ומוקי לדרבא וש"ר להר' אדמת קדש סימן ע"ב ושוב ראיתי לה' בית דוד סימן ק"ז שכ' על ההיא דפ' י"נ וז"ל ואגב אורחין למדנו דהמוכר חלקו וחלק חבירו ג"כ חלקו מיהא מכור ולא אמרי כי היכי דחלק חבירו לא קנה חלקו נמי לא קנה וזה לכ"ע בין לר"פ בין לר' פפי וכולי עיין שם ולכאורה פלוגתא דר"נ ורב המנונא בקני את וחמור היא למאי דקי"ל התם דקנה מחלה וכו' הכא נמי המוכר חלקו וחלק חבירו חלקו מכור אבל למאן דפסק כרב המנונא דלא קנה כלל הכא נמי אפי' חלקו לא קנה ואפשר דס"ל דמיירי הכא במכר בבת א' וס"ד דגם ר"נ מודה דלא קנה כלל כיון שלא הפרים הקנאות כמו באת וחמור לכך אשמעי' דגם בכה"ג קנה מחלה וחלקו מיהא מכור אך ק' על הש"ס מנ"ל דמ"ד לא עשה כלום בכל הנכסים ס"ל דאין לבכור קודם חלוקה אימא מש' דס"ל כר"ה בקני את וחמור דלא קנה כלל והמרדכי בפ' מ"ש כ' מספק' ליה למורי במקנה דבר שבא לעול' ודבר שלא בא לעולם אם שייך אותה מחלוקת וכ' מהרח"ש חלק שני סימן כ"ה דנר' הטעם דא"ל דדוקא גבי את וחמור כ"ע ידעי דחמור לאו בר קנין הוא וכיון ששתף אותם יחד הו"ל כאלו אמר הרי את כחמור אבל המקנה דבר שבא לעולם ודבר שלא בא לעולם משום דסבר יש לו קנין אף על גב דלא קני דבר שלא בא לעולם קני מיהא דבר שבא לעולם עיין שם ולפ"ז המקנה דבר שלו ודבר שאינו שלו דכ"ע ידעי בדבר שאינו שלו אינו נקנה דמי לאת וחמור וא"כ ק' אימא דמ"ד לא עשה כלום ס"ל כר"ה בקני את וחמור דלא קנה כלל ולטעם אחר שכ' ה' משום דחמור לאו בר קנין לעולם אבל דבר שלא בא לעולם שייך בה קנין כשיבא לעולם (א"ה עד כאן מלאתי ואחר כך מלאתי אבל הריב"ש וכו') אבל הריב"ש סימן קל"ה כת' דהנותן מתנה לב' בני אדם אם הא' לא זכה כגון שלא בא לעולם האחר זוכה בחלקו כדקי"ל באת וחמור קנה מחלה וכו' עיין שם וראיתי להרשב"א ח"ב סימן רכ"ד שכ' וז"ל ויש מביאים עוד ראיה מבכור דפליגי עלה ר"פ ורב פפי משמיה דרבא וכו' ור"פ משמיה דרבא אמר אם מכר ונתן קודם חלוקה לא עשה כלום ואין לבכור קודם חלוקה ואפי' הכי אית ליה לרב פפא דיכול הוא לכתוב הרשאה על חלק בכורתו וכולי ליתא כלל משום דרב פפא כי אמר התם אין לבכור קודם חלוקה להו משם דנפשיה אמרה ולא דמשמע מרבא בפי' אלא מכללא דההוא מעשה דבכור וכו' וסבר רב פפא דלא עשה ולא כלום בכולהו קאמר והבתא כשמע מרבא כותבין הרשאה זה לזה הכיר בטעה בדרבא ולא עשה כלום בפלגא אמר דיש לבכור קודם חלוקה ואפי' את"ל דרב פפא סבר מעיקרא דאין לבכור קודם חלוקה השתא הדר ביה וכולי עיין שם ונראה דהכא נמי את"ל דרבא סבר דקני את וחמור לא קנה כלל כדאמרי' בפ' הא"נ א"ל דרב פפא לא שמיע ליה הא דרבא בקני את וחמו' לא קנה וסבר דקנה מחלה וא"כ ע"כ משום דאין לבכור קודם חלוקה אבל לבתר (א"ה עכ"מ):

ג' אם הקנה לו קרקע ומטלטלי' במעות כו' דלכ"ע לא הוי כקני את וחמור כיון דמעות קונות מדאורייתא כמ"ש ה' בית שמואל בא"ה סימן ל"א ס"ק ע"ו עיין שם ובס' אסיפת זקנים למליעא דמ"ז ע"ב כ' וז"ל רשב"ל אמר משיכה מפורשת מן התורה וא"ת מנ"מ אי הוי מהתו' או מתקנת חכמים כ"ם לא קנו מעות אלא משיכ' וי"ל דנ"מ לענין מילתא דלא שכיח' דלא גזרו וכו'

וכו' ואי משיכה מן התורה אם כן במילתא דלא שכיחא נמי לא קנה במעות א"כ נ"מ לענין מעילה כדלקמן גבי נתנה לבלן דאי מעות קונות מן התורה אם כן מעל וכו' עיין שם אבל הרמב"ם בפ"ו מהלכות מעילה כ' קנה בו חפץ ולא משך אם מן הגוי מעל ואם מן ישראל לא מעל ע"ש הרי דס"ל דגם לר"י דקי"ל כוותיה דמעות קונות ד"ת לא מעל אם לא משך אם כן לא נ"מ לענין מעילה אלא לענין מילתא דלא שכיחא ולפי מ"ש אם הקנ' לו קרקע ומטלטלין במעות לר"י לא הוי כקני את וחמור כיון דמעו' קונו' מדאורייי' אבל לר"ל דמשיכ' הוי דאורייי' לא קנה ואף על גב דקי"ל כר"כ דקנה מחלה ה"ד כגון נכסי לך ולפ' אבל כשערב כולן כגון שאמ' נכסי לכוללם לא כמ"ש הריטב"א ושאר אחרוני' הביאם ה' כנה"ג בשי' ר"י הגב"י אות ה' עיין שם אם כן אם מכר לו כל נכסיו במעות לר"ל לא קנה אפ"ה הקרקעות קנה דלא הוי כקני את וחמור כיון דמעות קונות מדאורייי' ונראה דקנה אפי' מטלטלי שהרי כת' המרדכי בפרק מ"ש בני שהקנה קרקעות ומעו' בקנין סודר רי"א קנה הכל במגו דחל הקנין על הקרקעות חל נמי המעות ומ"ד התם קנה מחלה ומ"ד דלא קנה כלל ה"ד משו' דהמעו' אינן נקנים בקנין סודר אבל הכא דהמטלטלי' נקנים במעות מדאורייתא אמרינן מגו דחל הקנין על הקרקעות חל נמי על המטלטלין דהא אם התנו בהדיא דמעות יקנו קנה כמ"ש מרן בסימן קל"ח עיין שם והכא נמי כשהקנה הקרקעות והמטלטלין כיון דחל הקנין על הקרק' חל נמי על המטלטלין דהו"ל כפירש שיקנו במעות וכה"ג כתב הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סימן כ"ד וז"ל ראובן ושמעון היו מתעלמים בדין וכו' ועוד דכיון שנתן משכון ביד האומנים וידוע באמת שפרע חלק בנין העיר ולא יתגלגל מצד האסמכת' אם כן בדוקא התנה וא"ל שבמחלית הקנה. בדוקא ובמחלית באסמכתא דאין דבור א' מתחלק לשנים וכו' עיין שם אבל מדברי התוס' בקידושין דף ז' עמוד שני שכת' וז"ל בתך ופרתך בפרוטה כיון דפרה אין נקני' בכסף שדינן לה בתר בתו וכו' וכ"כ הרשב"א והר"ן שם וא"א דהתנו בהדיא שיקנו בכסף קנו הא הו"ל כפירש ואם כן אמאי שדי ליה בתר בתו דוק' ובירושלמי ר"פ אע"פ אמרי' דאדם קונה קרק' ומטלטלי' בפרוטה וכ' ה' שמחת יום טוב סימן כ"ג אע"ג דמטלטלי' אין נקני' מדרבנן במעו' מ"מ איכ' קלת קנין למי שפרע עי' שם ולפי מ"ש שייך קנין במטלטלין במעו' כשפי' בהדיא ואם קנה קרקעות ומטלטלי' בפרוטה הו"ל כפי' דעתו לקנות המטלטלי' בכסף כמו הקרקע :

ד' וי"א דכל הקנין קיים דמגו שחל הקנין על הקרק' ומטלטלי חל נמי אמעות וכו' דלמאן דאמר גבי שבועה דלא אמרי' מגו דחל אהיתר חל נמי אאיסור אלא דוקא בסתם. אבל במפרש האיסור לא כמ"ש התו' בשבועו' דכ"ד בשם ריצב"א ה"נ א"ל דאם פרט המעות לא אמרי' מגו אבל לדעת הריב"ש סי' ל"ח וסי' של"ה דאפי' פרט האיסור חלה שבוע' בכולל וכן מסיק מהר"א ששון סימן קל"ז עיין שם הכא נמי אפי' פרט המעות אמרי' מגו דחל הקנין על המטלטלין חל נמי על המעות ועיין במהרח"ש חלק שני סימן י"ג שכ' דסברא זו יחידאה :

סימן ר"ד

א' דין ב' להפסיד כל המקח וכו' אבל בקלת הפסד כגון שקנה יין והחמיץ מקבל מי שפרע כמ"ש מרן הב"י בשם רבינו ירוחם עיין שם וכן כתבו התוספ' במציעא דמ"ד בד"ה אי תקפא וכו' עיין שם :

ב' דין ח' אבל במתנה מרובה וכו' ואם הוא אמוד טובא אפשר דלדידיה הוי כמו מתנה מועטת מהר"י וויל סי' כ"ב ע"ש :

ג' דין יו"ד י"א שהרי זה כמו שנתן דמים וכו' זה דעת הרמב"ם בפ"ז מה' מכירה וכתב המ"מ שכן דעת הרי"ף עיין שם ונראה דדעת מרן לפסוק כן שכתב זה בשם י"א ויש חולקין ולא כתב וי"א דכיונא דהלכה כי"א בתרא ה' קול אליהו סימן י"ט עיין שם :

ד' י"א שהרי זה כמי שנתן דמי' וכו' זה דעת הרמב"ם וכתב המ"מ שזה דעת הרי"ף ע"ש אבל ר' האי בס' המקח שער י"ג כתב דלא קנה במלוה ע"ש וכן כתב בעל העיטור בדיני אגב דף ז' ע"ד וז"ל אבל בחוב שהוא חייב לו לא קנה דקי"ל מלוה להוצאה ניתנה כדמוכח בפ"ק דקידושין ושוין במכר שזה קנה ואי מלוה להוצאה ניתנה במאי קני ש"מ לא קני וכו' ובדיני אפותיק' דמ"ב כתב דה"ה במשכנת' עד דכתבי שטרא ול"ל בפי' בשטרא אקני וכולי עיין שם מיהו בעל העיטור בדיני תנאי והביאו מרן הב"י סימן ר"ו כתב וז"ל ודוקא דלא מחייב ללוקח כלום אבל אי מחייב ליה ללוקח וא"ל אי מזביננא להאי ארעא לדידך מזבין לה מאותם מעות שהוא חייב לו ומכרה לאחר בקנין קנה קמא אע"ג דלא קנו מניה ע"ש ול"ע דהא ס"ל דלא קנה במלוה וכן הרא"ש כתב דלא קנה אפילו המעות עדיין בעין ביד הלוה ע"ש וכן מצאתי בתשו' מהר"י ן' מיגש סימן קי"ג וז"ל אם היה לראובן חוב אצל שמעון ופסק עמו סחורה לא קנה הקונה אותה סחורה והחוזר בו אינו חייב בזה מי שפרע דאמרינן המוקדש במלוה אינה מקודשת וכו' עיין שם וכ' מהרא"ב סי' קנ"ד דהכל פליגי על הרמב"ם וכו' והביאו ה' כנה"ג וכן מבואר בתשובות הרי"ף בס' תמים דעים סימן רכ"א ובש"מ למציעא לדף ע"ז וז"ל ואע"ג דאין הקרקע נקנה במלוה כתבתיו בסימן ק"ן דין יו"ד עש"ב ובפ' הספינה דפ"ז פרכינן משום דתלם כ"ש קנה אמר רב ששת הב"ע דא"ל לך ויפה לי קרקע כל שהוא וקנה כל מה שעליה וכ"ה גירסת הרמב"ם פ"ג מה' מכירה וכתב המ"מ שהוא מפרש דבאותה תלישה ובשכר היפוי ההוא קנה קרקע עיין שם אלמא דס"ל לר"ש דמלוה קונה במכר דאל"כ הא קי"ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף והו"ל מלוה וכמ"ש הרמב"ם פ"ה מה' אישות ע"ש והרב יונה בעליות והביאו המח"א בה' שכירות סימן י"ד והובא בס' א"ז כ' דאע"ג דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף והו"ל מלוה כל שבשכר היפוי אינו אלא פרוטה לא שייך בזה ישנה לשכירות מתחילה וע"ס ע"ש ונראה שזה דעת הרי"ף כני' הרמב"ם דהוי מטעם שכירות וכמ"ש הב"ח שם והוא ס"ל דמלוה אינה קונה והרא"ד כתב ואולי הטעהו הא דאמרינן מעמידין מלוה על הפירות והיא לאו לענין קנייה מיירי אלא לאיסור רבית ע"ש ובש"מ למציעא דס"ג ע"ב גבי האי מאן דיהיב זוזי אתרעא וכו' כתב וז"ל נראה מכאן דלגבי פוסקים על הפירות כשילא השער א"כ כשיש לו ה"מ כי קניה להו קנין מיהא לגבי מי שפרע דבלא"ה מאי שייכא הכא בפרקי' דרבית האי מילתא ולפיכך פיר"שי לעיל בדרב אושעיא בכולם אם יש לו מותר משום דקני להו לענין מי שפרע והיינו כדברי הרמב"ם שכ' דמלוה קונה בקרקע קנין גמור ובמטלטלי מוסרין אותו למי שפרע כנתינת מעות בעין מיהו מהכא אין ראיה דאגב וכו' כדנקט

בסמוך

בכמוך ואר"כ האי מאן דאוזיף פשיטי מחבריה וכו' ואע"ג דלא שייכא הכא לענין רבית עכ"ל ונראה דהרמב"ם אזיל לטעמיה שכ' בפ"ד מה' מלוה דין יו"ד המלוה וכו' או שהחזיר לו חובו ומלא המלוה יותר וכולי עיין שם במ"מ וז"ל בעל התרומות שער מ"ו ח"ד סימן ג' גם יש דרך אחרת שהוא נותן לו יתר על מה שהלוהו ואין בו משום רבית והוא שהלוהו מנה וכשפרעו נתן לו מאה ושלשה וכולי כדגרסי' בפ' אז"נ אר"כ האי מאן דאוזיף פשיטי לחבריה וכו' ע"ש אם כן הך דר"כ נמי שייכא לענין רבית מיהו נראה דס"ל דלא שייך מי שפרע אלא כשקנה מדאורייתא אבל כל שלא קנה מדינא אין מוסרין אותו למי שפרע וכמו שנר' מדברי הרי"ף כמ"ש הנ"י בפ' הזהב עיין שם אבל מהר"י ן' מיגש בתשובות הובא בש"מ דף מ"ז ע"ב הוכיח דחיוב מי שפרע חל אפילו בדבר שאינו נקנה כל שהוא ברשותו ויכול לעמוד בדבורו עיין שם ואם כן א"ל אע"ג דלא קנה במלוה כל החוזר מקבל מי שפרע ולכך מעמידין מלוה על הפירו' ולא הוי רבית כיון שיש לו ואם חוזר מקבל מי שפרע והיינו דמייתי ההיא דמאן יהיב אתרעא וכו' משום דלא שדי' אלא היכא דאם חוזר מקבל מי שפרע וכן כתב הריטב"א בחי' דס"ג ע"א וז"ל ומצאתי בשם הר"ז דהו"ל כמעות לר"ל דאע"ג דלא קנה לא מן התורה ולא מדרבנן קנה לקבל מי שפרע וה"נ ל"ש וכ"מ לקידושי אשה ולקנו' קרקע שהם נקנים בכסף לגמרי ובמלוה לא קני להו לגמרי אלא לקבל מי שפרע וכו' עיין שם ובפ' אז"נ גבי הלוהו על שדהו ואמר לו אם אין אתה נותן לי מכאן ועד ג' שנים תהא שלי וכו' לאחר מתן מעות לא קנה אלא כנגד מעותיו וכתב בא"ז בשם הראב"ד וז"ל ואי ק"ל כנגד מעותיו במה קנה והא מלוה היא וקי"ל דאין קרקע נקנה בכסף הלואה ואין אשה מתקדשת במלוה משו' דלהוצאה ניתנה ל"ק דכי אמרינן דאין קרקע נקנית בכסף הלואה ה"מ מלוה שלא ע"י משכונה אבל הכא מלוה שע"י משכונה היא ומשכנתא למכירה דמיא וכולי והרי הוא כמו המוכר שדהו לשנה ולוקחו ממנו לאחר זמן באותם הדמים עצמם ומ"ה קנה כנגד מעותיו עכ"ל אבל לדעת הרמב"ם א"ש דקרקע נקנה בהלואה והראב"ד לשיטתו הולך לחלק בין מלוה למשכונה ועיין בש"מ דס"ז ע"ב בשם תלמידי הר"ף שכ' גבי משכנתא דאותה הנאה דאריכת הזמן בו"פ ובההיא הנאה קונה דהוי כמו אם נתן לו פרוטה לקנות וכן כתב הגהת מרדכי שם ואפשר לפרש דברי התוספות שם בד"ה והילכתא וכולי כן עיין שם במהרש"א :

סימן ר"ה

א' דין א' ולקח דמי המקח וכו' ואין לחל' בין היכא שנותנין המעות עתה להיכא שכבר היו המעות בידו דס"ם הנאה יש לו שלא יצטרך להוציא מה שתחת ידו וכו' הרדב"ז ח"ב סי' כ"ט ע"ש :

ב' ממברו ממכר וכולי נראה דהוי כמכר דעלמא דאמרי' אחריות טעות סופר אפילו לא נכתב בשטר וכן כתב הר"ן והריטב"א בחידושיו לגיטין דף כ"ח עיי"ש :

ג' לפיכך אם מסר מודעא דוקא מסר דבריו לעדים אבל אם אמר דבריו לאחרים שהם פסולי' לעדות אף על פי ששמעו מאחרים אין זה מודע' במכיר' ובגט ובמתנה הרשב"א ח"א סי' ו' הובא בב"י א"ה סי' קל"ד עיין שם באורך :

ד' והברנו באונסו וכו' מודעא שכת' בה ואנו עדי' הכרנו באונסו וכו' ושאלנו העדים ואמרו שהכירו האונס על פיו שהגיד להם ולא שראו הם נאמנים ולא הוי חוזר ומגיד דאפשר לעדים ע"ה וחשבו דמהני הכרה שע"פ מוסר המודעא וגדולה מזו א"א דאפילו מן הסתם שאין העדים לפנינו יש לחוש לכך כיון שהוא מצוי לטעות בו ע"ה מהריק"ש בתשו' בספר אהלי יעקב סי' ק"ו והביא ראיה מדברי הריב"ש סי' שע"א שכתב וז"ל ועוד א"א מסברא דהסיא דחזקה אין העדים חותמי' על השטר אלא אם כן נעשה בגדול לא נאמרה אלא בעדי' ידועים ומוחזקי' כמו סופרי הדייני' וכו' הרי דלא מחזקי' מן הסתם לעדים ע"ה יודעים עיין שם אבל בתשו' מהר"י ן' הרא"ם סי' ע"ה כת' בתשו' לרב חסדאי וז"ל שבכ"ז שכת' ידם יוצא ממקום אחר אחר שהעידו שנתברר להם האונס לאו כל כמנייהו לחזור ולומר שמפיו לבד נתברר להם דבהא לא עבידי אינשי דטעו אבל בבירור האונס בהא אפשר לומר דטעו וכו' ע"ש ואי מדמי' לה לההיא דחזק' אין העדים חותמים על השטר אלא אם כן נעשה בגדול אפילו אין כת' ידם יוצא ממקום אחר אינם נאמנים וכמו שכת' הר' שפתי כהן בסי' מ"ו ס"ק ק"ח עיין שם וכן מבואר בהדיא בתשו' הרשב"א ח"ב סי' קל"ו ע"ש דבכל עדים אמרי' חזקה זו כמו שכת' בתשו' הביאה מרן הב"י סי' רל"ה עיין שם ואם כן הכא נמי אמרינן דלא טעו ומהר"ס אלשיך סי' ע"א כת' וכן מה שטעו כיון שלא ידעו באונס שעשו לו שמעון ולוי אלא על פה אנשי' אין זו הכרה באונסו כי מי שיאמר שאומרים אמת וכל שכן להחזי' את שמעון ולוי לרשעים על פיהם וכו' דהא בכי האי גוונא עבידי אינשי דטעו דסברי דכיון דתרי גברי קאמרי ששמעון ולוי מבקשים להפסיד את ראובן אם לא יכתו' להם שטר מחילה דמקרי אונס דמן הסתם. קושט' קאמרי וכולי עיין שם באורך משמע דדוקא התם שכתב אנשים אמרו להם האונס טעו העדים וסברו דקושטא קאמרי אבל אם שמעו באונס מפי מוסר המודעא לא אמרי' דטעו כדעת מהר"י ן' הרא"ם וגם מדברי מהרמ"א מוכח בהדיא דאפי' שמעו מפי אחרי' האונס לא היה להם לכתוב הכרנו באונסו אלא דאמרי' דטעו ומדברי מהר"ס אלשיך מוכח בהדיא דאם כתבו הכרנו באונסו ולא ראו הם האונס אלא על פה אחרים והעדים פסולים ואפילו במתנה ומחילה השטר בטל והמחילה קיימת אלא דאמרי' דטעו :

ה' והברנו באונסו וכו' כת' מהריק"ש בתשו' סי' קי"ז על מודעא שכ' בה ואנו העדים הכרנו באונסו וכו' ושאלנו העדים ואמרו שהכירו האונס ע"פ שהגיד להם ולא ראו הם נאמנים ולא הוי חוז' ומגיד כמו שכת' הר"ן שכל טעות שהעדים מצוים לטעות בו נאמנים הם ואין בהם משום חוזר ומגי' ול' והכרנו אפ' לעדים לטעות ולחשו' דמהני הכרה שע"פ מוסר המודעא עיין שם ולכאו' נראה דזה הוי לעקור העדות ואין נאמני' כמו שכת' המבי"ט ח"א סי' קע"א על עדים שהעידו על שפחה שהיא משוחררת ואחר כך אמרו ששמעו כן ולא ראו וז"ל אף על גב דכ' הר"ן וכו' אבל כשהם או' ששמעו לא הוי עדותם עדות כלל אם כן הרי הם מכחשים את עדותם וכדכת' הר"ן כל היכא שאינו סותר עיקר דבריו הראשונים וכו' והכא אם בששמעו אינו עדות ובידעו הו' עדות הרי סותרים דבריהם הראשונים וכו' והרב כנה"ג הגב"י אות כ"ד הביאו בקיצור עיין שם והכא נמי דכוותה

שלא

שלא ראו הם אלא שהוא הגיד להם ואין עדותם עדות כלל אין נאמנים לבטל עדותם הא' אבל מצאתי למהר"י ן' מיגש בתשו' סי' קל"ג שכת' וזה לשונו ולא נשאר לנו אלא לעיין בעדיות שהראה יעקב שזכרו העדים בהם שהם יודעים בברור שראובן משכן הבית אצל גוי ואח"כ כשחק' הדיין ואמר להם מנין באה לכם ידיעה זו אמרו שראו' אמר להם מבלתי שנמצאו הם שם הבטל עדותם או נאמ' כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ונאמר יש שנהגו בכל כיוצא בזה והוא מה שראינו לרב רבי' יצחק עשה מעשה בכל יום ומורה בו הוא שנראה עדים וכו' עד כאן לשונו והוא חסר ותמצא שם בתשו' סי' קס"ד בענין כזה שכ' שנראה עדים אם יש להם ידיעה בענייני העדות נסמוך עליהם ואין משגיחין במ"ש אחר כך. לא ידעתי אלא מצד ששמעתי לא מצד שראיתי ונאמר בזה כיון שהגי' שוב אינו חוזר ומגיד ואם היה חסר הידיעה לא נסמוך עליו וכ"ה היה דן רבי' הרב עיין שם וכי האי גוונא כתב הרא"ש בתשו' כלל מ"ה גבי גט שאם העד אמר שהבעל צוה לו לחתום נאמן עיין שם הטעם ובבית שמואל סס"י קנ"ב וכן כת' הר"ן בתשו' סימ' כ"ב וזה לשונו תחלה אני דן על מה שאמר העד הר"א בתחלה חוץ לבית דין שהיתה זקוקה ליבם אם תסמוך עליו כמו שהעיד בבית דין שמת זה היבם זמן רב וכו' ועוד דכל כי האי גוונא לא אמרי' מכחיש דבריו הראשונים שאלו אמר מתחילה שלא שמע מעולם שמת ואחר כך אמר שמת כי האי גוונא הויא הכחשה אבל זה לא אמר מתחילה אלא שהיתה זקוקה ליבם ובודאי דלאו כולי איניש דינא גמירי שהיו בקיאין שאפילו עדותו של עד מספיק להתיר אשה לינשא וכל היכ' דלאו אורחייהו דאינשי למידק כי הכא יכולין לחזו' ולהגי' וכו' עיין שם ועיין במהריב"ל ח"א כלל ג' סי' י"ח :

ז' דין ב' אבל במתנה או מחילה וכו' מודע' בעדים קרובים לא גרע מגילוי דעת וז"ל מהר"י ן' הרא"ש בתשו' סימן פ"א בנערה שמסרה מודעא ויש כאן הוכחה דמחמת אונס הפקדון קבלה הקידושין ואפילו בלא מסירת המודעא וכל שכן שעשתה שני מודעות ואף על פי שהיו העדים קרובים לא גרע מגילוי מילת' דמהני וכולי וא"א הרא"ש בפסק ע"ז כתב וזה לשונו הרי הוא מגלה דעתו במסירת מודעא שאינו נותן מתנה זו בנפש חפצה וכו' ואפילו אם יודע הדבר שאותה מודעא שמסר בפני עדים דהוי שקר הם וכו' ע"ש הרי דאפילו העדי' קרובים או פסולים במתנה ובגט ובקידושין מהניא דלא גרע מגילוי דעת :

ח' אבל מתנה או מחילה אין צריך להכיר אונסו וכו' כת' הרדב"ז ח"ג סי' תר"ל על אחד שהלך למדינת הים והניח אשתו וכת' לה שאם לא תפחו' מכתובתה כך וכך או תפטור אותו מתנאי פלוני שכתוב בכתובה שלא ישוב עוד לביתו והאשה מסרה מודע' וכתב' לו מה שירצה בפני עדים וכו' מסתברא לי דאונס גמור הוא דלאו דוקא אונס מות או אונס גופו אלא אפי' איי' עליו להפסידו ממון נקרא אונס וכו' ע"ש באורך משמע דסבירא ליה דגם במחילה בעינן שיהא אונס גמור וזה דעת רשב"ם והתוספות והנ"י בשם הרמב"ן דבמתנה ה"ט כיון שמסר מודעא אנן סהדי שאנוס הוא אבל אם נתברר שלא היה אנוס אינה כלום ומהרש"ח בתשו' סי' ז' כת' דה"ד שנתברר שלא נאנס אבל אם לא נתברר אפי' הו' אומר שהיה אנוס מחמת כך ולהד"מ אמרינן אנוס היה אלא שתלה בדבר אחר וכבר השיגו הר' תורת חסד סי' ר"ע מתשו' הריב"ש סי' רל"ב דאפילו לא נתברר שלא נאנס אלא שתלה באונס א' ונמצא שקר לא הוי מודעא וכן דעת הרמב"ן עיין שם באורך וכן נר' מדברי הרשב"ץ ח"א סי' א' דף ג' וזה לשונו שלא תאמר כיון שאין כאן אונס והוא תלה מודעתו באונס זה אם כן מודעתו בטלה מעיק' ואין צריך ב'טול הא ליתא דבמודעי דגט ומתנה בגילוי מילתא סגי כדאיתא בפרק ח"ה וכ"ת ה"מ וכולי כן היה נרא' מד' הרמב"ן ז"ל בפח"ה ומדברי רשב"ם אבל האחרונים כתבו אפילו אם טוען טענת אונס בשקר הוי מודעא וכן כתב עוד שם סוף דף ד' אף על גב דמסר מודעא בפניהם אינה מודעה כלל ולא צריך ביטול לפי שתלה אותו הדבר שאין נקרא אונס כלל שזהו הל' הכתו' במודעא א"א מכריחני ליתנו כדי לצאת וכו' וכבר כתבתי לעיל דבגטא ומתנתא גילוי מילתא בעלמא סגי ואפי' טען טענת אונס בשקר מודעיה מודעא עיין שם ועי' בתשו' מהרש"ך ח"א סי' מ"א שכת' על אשה שמחלה כתובתה ומסרה מודעה שיכולים היורשים לומר קיימא לן כרשב"ם והרמב"ן דאם נתברר שלא היה אונס אין המודעא כלום ונראה שזה תלוי במחלוקת שכתב הריטב"א בריש פרק הכותב וזה לשונו אבל יש אומרים דרב אשי לית ליה דאביי וסבירא ליה דבכל דבר שהוא של שובר או של מחילה לא אמרי' יד בעל השטר התחתונה אלא בעל החו' שבא להוציא ממון מחבירו עליו הראיה כדאמרינן בפרק ג"פ שטר לך בידי פרוע הגדול פרוע והקטן אינו פרוע וכו' דיד בעל השטר על התחתונה אלמא לא אמרי' גבי שובר יד בעל השובר על התחתונה וכו' ליכא ראיה דשאני התם שאין בל' השובר שום פסק אלא לשונו ברור כפי הסך שתובעים ממנו וכשאומר הלה שטראי נינהו עליו להביא ראיה וכו' וכן בההיא דשטר לך בידי פרוע שובר ברור הוא בלא ספק שאף שט"ח של סך גדול שטר מקרי וכו' אבל כשיש בלשון השובר ל' סתם שסובל ב' משמעו' והרי הוא מסופק אם נמחל החוב ההוא אליבא דכ"ע יד בעל השטר על התחתונה ויד בעל החוב על העליונה כיון שחיובו ברור הוא כדאמר אביי הכא ורב אשי נמי מודה עכ"ל הרי דיש אומרים סבירא להו דלעולם בעל החוב שבא להוציא ממון מחבירו ידו על התחתונ' והריטב"א סבירא ליה דבספק מחילה יד בעל החוב על העליונה וכן כת' הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י א"ה סי' ל"ג וזה לשונו ועוד מה שטען הטוען דמן הסתם ידה על התחתונה שהיא קרויה בעל השטר מסתברא דבמקו' הזה הבעל קרוי בעל השטר וידו על התחתונה ואינו דומה למה שכת' בפרק גט פשוט שטר לך בידי פרוע הגדול פרוע שאני התם שהלוה פרע וכיון שהמלוה מודה שפר' לו שטר א' אם טוען שלא פרעו אלא הקטן עליו להבי' ראיה אבל בנותן או מוהל שטר שיש לו על ראובן נ"ל דראובן מקבל מתנה ועליו להביא ראיה מה נתן לו או מחל לו וכו' עיין שם הרי דיד האשה על העליונה ואפי' איכא ודאי מחילי' והלה טוען בריא עליו להביא ראיה מה מחל לו שדעת רוב הפוסקים דכל שמסר מודעה וכו' (עד כאן מצאתי) :

ט' ראובן שהיה יושב בבית שמעון וטען עליו שמ' שגנב לו כך והודה לו במקצת וכפר לו במקצת ואיים עליו בערכאות של גוים עד שנתפשר עמו ונתן לו ארבע מאות גרושים ומסר מודעה ע"ז ועכשיו מת ראובן וקמו יורשיו בכח המודעא ונראה דזה חשיב אונס כמו שכתב הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י על ראובן שתבע משמעון תביעה שאינו זוכה בדין והפחידו שאם לא יתן אותם המעות ילשין עליו וימסיר אותו למלך

ועמד

ועמד אחד ועשה פשרה ביניהם בקנין וכביטול מודעא ולאחר זמן תבע שמעון מראובן אותם המעות שלא נתנ' לו אלא מפחד שלא ילשינהו וכו' הדין עם שמעון מפני שאנוס היה והוה ליה כתלוהו ויהיב והקנין וביטול המודע' הכל היה מחמת אונסו עכ"ל הרי דאפילו נתן לו המעות על ידי פשרה בקנין חוזר עליו בכח המודעא דהגיזום הוי אונס ולא אמרי' גזים ולא עביד ואף שכ' מהריק"ו שרש קפ"ו והביאו מרן הב"י מחוד' א' שהטוען שנתן לחבירו מפני שגזמו להביאו בערכאות של גוים לא מיקרי אונס עיין שם כבר כתב מהרש"ך הביאו הרב כנסת הגדולה הגב"י אות י"ז דה"ד כשלא מסר מודעא ואין האונס ברור אבל כשמסר מודעא והראה לעדים שמחייבו באונס לכולי עלמא מיקרי אונס עיין שם וגם מהר"ם ורא"בי"ה דס"ל דאונס הפחדה לא מיקרי אונס היינו דוקא כשלא מסר מודעא אבל מסר מודעא הוי אונס כמו שכ' מהרא"נ"ח ח"א סי' מ"ב הביאו הכנה"ג הגב"י אות ל"ה עיין שם ונראה דהרשב"א ומהריק"ו לא פליגי דלא אמר מהריק"ו דאונס הפחדה לא חשיב אונס אלא במה שבין אדם לחבירו אבל מגוים שיערער עליו שרי המלכות עביד איניש דגזי' ועביד כמו שכ' ה' כנסת הגדולה אות ד' בשם מהר"ש ן' חבון עיין שם ועיין בהרב כנסת הגדולה שם נראה דהיינו דוקא כשלא מסר מודעא אבל כשמסר מודעא גלי דעתיה דמחשיב ליה לאונס וכמו שכתב מהרח"ש בקונט' המודעא דף י"ב וי"ג עיין שם בארוך ונראה דאפי' להוצי' ממון חשיב אונס שהרי נדון מהריק"ו בשכבר נתן מעות וטען שבאונס נתן מפני שהגזימו להביאו בערכאות ש"ג וכת' דלא חשיב אונס דגזים ולא עביד ואם כן כשמסר מודעא שמחשיבו לאונס אף על פי שכבר נתן כיון דחשי' אונס מוציאין ממון מידו ועיין בתשו' מהרא"נ"ח סי' ס"ג דמהריק"ו לא אמר אלא לענין דלא חשיב אונס ברור כדי להוציא ממון מיד המוחזק אחר שנתן לו שכר והחזי' בו ואחר כך כת' וז"ל דשמא ע"כ לא אמר ר"ח וסייעתו דאונס ההפחדה חשבי' ליה אונס אלא כשמס' מודע' עליו וגלה הנאנס דעתו דחשיב ליה אונס וירא בכך אבל כל שלא מסר מודעא עליו מתחילה לא ושמעתי שמקצת מן המורים החזיקו בחלוק הזה ועשו לו סמוכות ג"כ מדברי מהריק"ו שכתב וכר מן דין מי יוצא ממון מיד המוחזק בו בטענת אונס דלא מוכח וכו' עיין שם ואם כן נרא' דמהריק"ו שכתב דאפילו לדברי ר"ח פשיטא דלא חשיב אונס בגזום בעלמא אלא וכו' היינו אפי' במסר מודעא דמחשיב ליה אונס לר"ח וסייעתו היינו דוקא בגזום דברי היזקא אבל אי לא ברי היזקא כגון שגזמו להביאו בערכאות של גוים לא חשיב אונס כלל אפילו מסר מודעא להוציא ממון מחזקתו :

יו"ד מודעא שלא חתמו בה עדי המודעא עצמה אלא פ' לוה לחתום וכו' נר' דודאי עדים שאינם יודעים לחתום וצוו לאחר לחתום אינו כלו' דהוי עד מפי עד כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ד סי' קל"א והרשב"ץ ח"א סימן קכ"ח והרדב"ז חלק שני סי' תק"ן על שטר שחתום בו עד א' והעד הב' צוה לחתום ושני עדים על זה שצוה לחתום דהוי עד מפי עד ואינו כלום מיהו אם יבאו ב' עדי' אשר העידו על אותו שצוה לחתום בפני בית דין ויאמרו מעידים שפ' צוה לחתום חתימה זו נתקיים זה העד שהרי על החתימה הם מעידי' אבל אם אמרו פ' אמר להם שהוא עד בדבר זה וצוה לחתו' חתימה זו נ"ל שאין קיום וכו' עיין שם בארוך וכבר כ' מרן בסימן מ"ה מקום שנהגו שהסופר חותם ע"פ העד פ' לוה לחתום אם קבלו בני העיר עליה' לעשות עדותו כעדות העד כשר ואם לא קבלו עליהם אינו יכול והם דברי הרשב"א בתשו' ח"ד סימן קל"א וסימן קל"ט עי' שם משמע אפי' נהגו צריך שקבלו כן בני העיר וכן כ' הרמ"ה בתשו' סי' רל"ח וז"ל על שט"ח היוצאים ביניכם בחתימת ידי סופר שחותם שמות העדים שצוו אותו לחתו' כך ראינו שאם היה שטר זה בחתימת ידי סופר שהסכימו כל בני העיר להאמינו לחתום שמות העדים כשיש עדי' או ראיה על הסכמה זו הרי זה כמי שהסכימו כל בני העיר לקבל עליהם עד מפי עד ועושים על פי אותם שטרות בדיני ממונות בלבד ובכל כיוצא בזה אמרו חכמי' הכל כמנהג המדינה ואם לא נתברר שהסכימו כל בני העיר על כך הרי אותם שטרו' פסולי' לגמרי וכו' עכ"ל הרי דצריך ראיה על המנהג וכה"ג כת' הרא"ש בתשו' הביאו הטור סימן ס' גבי תקנת השוק דבספק מעמידי' הדבר על דין תורה עיין שם וכן קי"ל בא"ה סי' קי"ח דדבר שאינו מפורש בתקנה נעמידנו על דין תורה וכן בכל ספק וכו' והם דברי הרא"ש בתשו' הביאם הטור שם וכ' הרשב"ץ בתשו' חלק שני סימן רל"ג אף על פי שהיה דעתו לדון שתהא יד התובע על התחתונה כדין כל ספק תביעת ממון בטלו דעתו מפני דעתו כי רב מובהק הוא ונחית לעומקא דדינא וכה"ג כת' הרמב"ן בשם ר' אפרים בפרק יש נוחלין ובס"ה בכורות עיין שם וכתב מהר"י עייאש בתשו' חלק שני סימן קכ"ג דמשמע דלא מהני תפיס' בתקנו' וז"ש הרשב"ץ שהיה דעתו לדון שיהא יד התובע על התחתונה לענין תפיסה בכל ספק דעלמא וחזר ובטל דעתו מפני דעת הרא"ש דלא מהני תפיסה ע"ש אלמא כל ספק בתקנה מעמידים הדבר על ד"ת אפילו להוציא ממון והכא נמי אם אין עדים שקבלו כן הוי ספק תקנה ואפילו נהגו כן אין סתם מנהג מבטל הלכה וכן כתב הריב"ש סס"י שמ"א אפילו שיש דברים שאין סתם מנהג מבטל הלכה אלא מנהג שהתנו עליו בני העיר כמ"ש הרמב"ן בפרק מ"ש שאם נהגו בדיני ממונות שהמלוה את חבירו בעדים לא יהא נאמן לומר פרעתו או שבומר חנם יהא חייב כשואל אין מנהגם כלו' לבטל הלכה אלא אם כן התנו עליו וכו' עיין שם מיהו הרא"ש בתשו' שכ' הטור סימן ס"א ופסקו מרן שם דכל דבר שנהגו במדינה לכתוב הן נאמנו' הן כתובה בבוקא וכו' כל מי שמקנה בסודר דעתו שיכתוב כמנהג המדינה וכו' ומ"ש בסימן ע"א סי"ד שטר שיש בו נאמנו' ומנהג המקום הרבה כותבי' נאמנו' אם העדים עצמם הם כאן ואומרים שלא כתבו כי אם מפני שהיו רואים שבשטרות כותבי' כן וכו' ואין סומכין על הנאמנות וכו' כבר כת' מרן בב"י דמיירי כשאין מנהג פשוט לכתוב כן בכל השטרות והרא"ש מיירי כשהוא מנהג פשוט וכתוב בו בכל השטרו' אם כן אם המנהג פשוט לכתו' נאמנו' בכל השטרו' מסתמא דעתו שיכתוב כמנהג המדינה אפי' לא קבלו הלוה בפי' עיין שם בהסמ"ע והש"ך וכ"כ הרשב"א בתשו' חלק שני סימן של"ה וזה לשונו ועוד שאפי' שלא זה הנאמנו' כלל המלוה והבא מכחו נאמני' מתקנת הקהל שכל המלוה על דעת מה שהתקינו הקהל והנהיגו מלוה וכן כל לוה על דעתנו הוא לוה ואעפ"י שלא התקינו הקהל אלא שהכל נוהגין כן כל מלוה ולוה על דעת כן מלוים ולוים וכולי עיין שם הרי דהמלוה והלוה מסתמא על דעת המנהג חייבו עצמם מיהו נר' דה"ד לגבי נאמנות שלא יהא נאמן לומר פרעתי משום דהחיוב ברור והמלוה על דעת כן מלוה וכן הלוה חייב עצמו על דעת כן והכא נמי נהגו שהמלוה

שהמלוה את חבירו בעדים לא יהא נאמן לומר פרעתי או בכת"י שלא יהא נאמן לומ' פרעתי כמו שטר מסתמ' כיון שהחיוב ברור בעדים והספק בפירעון אמרי' מסתמ' על דעת כן מלוים ולוים שלא יהא נאמן לומר פרעתי ודלא כהרמב"ן והריב"ש אבל שט"ח שלא חתמו בו העדי' עצמם אלא פ' נוה לחתום וכו' שהחיוב ספק ולא שייך האי טעמא שהמלוה והלוה על דעת המנהג חייבו עצמם דהרי אין החיוב ברור לא יתחייב אלא אם כן קבלו אותו בני העיר והרשב"א בתשוב' חלק שני סימן קי"א כתב על מנהג עיר א' דפעמים שחותמין האחד ביד' והא' חותם הסופר בשבילו וכת' נוה פ' לחתום וכו' ועמד שם א' ואשתו ומכרו בתים שיש להם ללאה אשת יוסף וכת' השט' וחתם העד בחתם ידו והעד הב' חתם סופר בשבילו פ' נוה לחתום וכולי השטר כשר אף על פי שלא חתם העד השני בחתם ידו הואיל ותקנת העיר ומנהגם הוא בכך דלא גרע משטרות העולי' בעש"ג שהוא כשר דלא מרעי נפשייהו וכ"ש סופר העיר שהעמידוהו לכך והתקינו שיהיו עושי' כן משום עמי הארץ שאינם יודעי' לחתום וכו' עיין שם באורך הרי דאפי' דקרקע בחזק' בעליה עומדת שטר המכר כשר משו' תקנת בני העיר ומנהגם והתקינו כן משום ע"ה שאינם יודעים לחתום מיהו משמע דה"ד אם הסופר חותם כן נוה פ' לחתום וכו' משו' דהסופר לא מרע אנפשיה דלא גרע משטר העולה בעש"ג דכשר מה"ט אבל עד אחר שחתם פ' נוה לחתום וכולי אינו נאמן אלא אם כן נתברר שקבלו עליהם בפי' והרדב"ז חלק שני סי' תקמ"ד כ' על שטר שמנהג העיר לעשות כל שטרותיהם ע"י סופרים גוים ועדים גוים וכו' העולה מדברי הראשוני' כי המנהג אשר אמרו מבטל הלכה צריך שיהא ידוע וקבוע ע"פ בקיאים וכולי הילכך אם תברר האשה בשני עדים כשרים שכל שטרותיהם היו עושי' על פה סופר ועדים גוים אף על פי שלא היו בערכאותיהם ובכל התנאים אשר הזהירו רז"ל והובאו שטרות אלו לפני חכמי העיר ועשו על פיהם והוקבע המנהג הרי זה מנהג המבטל הלכה ואף על פי שלא בא לפניהם שטר מתנה ממש כזה כיון שנהגו בשאר שטרו' אף על פי שאין בהם שאר תנאים ערכאותיהם נהגו גם בשט' מתנה אבל אם העידו שהיו באי' לפני חכמים שטרות העולים בערכאותיהם ועשו על פיהם ולא משום מנהג עד שתביא ראיה שבאו לפניהם שטרי במטלטלי' בלא דרכי הקנין ועשו על פיו וקבעו המנהג לעשות כל שטרותיהם בעדים גוים עכ"ל הרי דגם שטר מתנה בעדים גוים שאינו כדין כשר וה"ד אם יש עדים שנקבע המנהג על פה חכמי העיר שבאו שטרות לפניהם ודנו על פיהם וא"כ בכ"ד אם יש עדים שראו שט"ח שאין עדים חתומים אלא נוה לחתום וכולי ודנו על פיהם ה"ז מנהג מבטל הלכה ואפילו יש עדים אפשר דלא קבלו עליהם אלא סופרי העיר שחתם פלוני נוה וכו' משום דלא מרע נפשיה כמ"ש בתשו' הרשב"א ועדיין א"ל דה"ד בשטרו' תקנו כך כדי שלא תנעול דלת בפני לוים שהרי כתב הרמב"ם בפרק שלישי מה' עדות דין תורה שאין מקבלין עדות לא בדיני ממונו' ולא בדיני נפשות אלא על פה העדים שנאמר על פי שנים עדים מפיהם ולא מפי כתבם אבל מדברי סופרי' שחותכי' דיני ממונות בעדות בשטר אף על פי שאין העדים קיימים כדי שלא תנעול דלת בפני לוים וכו' ופסקו מרן בסימן כ"ח עיין שם ואם כן גם חתימת העדים עצמם בשטר היא תקנת חכמי' כדי שלא תנעול דלת בפני לוים ואם כן אם נהגו לקיים עדות נוה לחתום כעדות העדי' כדי שלא תנעול דלת בפני לוים שלא ימלא עדים שיודעים לחתום מכל מקום במודעא דלא שייך ה"ט לא קבלו ואף אם יש עדים שבא לפני בית דין של העיר שטר מודע' פ' נוה לחתום וכו' ודנו על פיו הא קי"ל דלעולם הולכין אחר מקום שנתחייב בו כמ"ש בסימן ס"ט בעיר שנהגו שכתב יד דינו כשטר דאין נאמן לומ' פרעתי והלך הלוה לעיר שלא נהגו כך וטען פרעתי כמנהג המקום שיושב בו עתה הולכין אחר מקום שנתחייב בו וה"ה בהפך אם במקום שנתחייב בו נאמן לומ' פרעתי ובמקו' אחר נהגו בו כשטר הולכין אחר מקום שנתחייב עיין שם אם כן בכ"ד אפילו שעדים בעיר זו שקבלו עדות דנוה לחתום כעדים עצמם בכל השטרות צריך לברר מיהו נר' דאפי' בדבר דלא שייך טעמא דנעילת דלת חותכין דיני ממונו' בעדות שבשטר דלא חילקו חכמים כמ"ש הרמב"ן בסוף יבמות בפלוגת' דר"ע ור"ט אי בודקי' עדי נשים בדרישה וחקירה וכו' ואף על גב דלגבי כתובה ליכא נעילת דלת שיותר משהאיש רוצה לישא וכולי לא פלוג רבנן בדיני ממונות ואע"ג דבדיני קנסות בעי' דרישה וחקירה הנהו לאו בכלל דיני ממונו' נינהו ולא תקנו בו רבנן מידי וכו' והביאו הרב"א בתשו' סי' ה' עיין שם והכא נמי חותכין כל דיני ממונות בעדות שבשטר אפילו בכתובה ודכוותה דלא שייך נעילת דלת כנראה מדברי הרמב"ם שכ' אבל מד"ס שחותכין ד"מ כעדי' שבשטר וכו' שלא תנעול דלת בפני לוים ואין דנין בעדות שבשטר בדיני קנסות וכולי הרי דלא הוציא אלא דיני קנסות דלאו בכלל דיני ממונו' נינהו אבל כל דיני ממונות אפילו דבר שאין בו נעילת דלת חותכין בעדו' שבשט' דלא פלוג רבנן כמ"ש הרמב"ן גבי דרישה וחקירה ומכל מקום בעדות דנוה לחתום וכו' כל שאין ראיה שקבלו עליהם כל עדות אמרי' שמא ה"ד בשט"ח כדי שלא תנעול דלת אבל בכתוב' דלא שייך האי טעמא דנעיל' דלת לא עשו הפך הדין וכבר כתבתי בס' עה"ש סי' ס' דבמקום שעשו תקנת השוק וספק במתנה אם היא בכלל התקנה אין מוציאין ממון מיד המוחזק ומ"ש הרא"ש דבס' מעמידין הדבר על דין תורה ה"ד בספק אם נהגו עיקר התקנה אבל כשיש ודאי תקנה והספק אם המתנה בכלל התקנה אין מוציאין מהמוחזק וכן כת' מרן הב"י דקי"ל כהרא"ש דעשו במתנה תקנת השוק מה"ט דמוקמי' ממון בחזקתיה עיין שם והא דקי"ל בסימן קי"ח דדבר שאינו מפורש בתקנה נעמידו על דין תורה מ"מ כל שיש לו זכייה בממון לא אמרי' יד בעל התקנה על התחתונה ואם כן ה"כ דמקבל מתנה זכה זכייה גמורה:

י"א מודעא שמעון שהיה יושב בבית ראובן וטען עליו שגנב לו סך כו"כ והודה לו במקלת וכפר בכל השאר ואיים עליו בעש"ג עד שנתפשר עמו ונתנם לו ומסר מודעא ואח"ז מת שמעון וקמו יורשיו והוציאו המודעא ותובעים לראובן דכל מה שנתן אביה' הוא באונס מה דינו:

ונראה דמן הדין היה שמעון חייב שבועת היסת כיון שיש רגלים לדבר כמ"ש מור"ם בסימן ע"ה סי"ז דמשביעין שבועת היסת על טענת שמא כשיש רגלים לדבר כגון שהיה שמעון בבית ראובן ומלא ראובן תיבות פרוצות וכו' עיין שם וכ"ש שמלא הגניבה בידו וגם הודה במקלת דודאי רגלים לדבר שהוא גנב כל מה שאבד לראובן ויכול להשביעו אבל לא היה חייב לשלם כל מה שטען עליו והמבי"ט ח"ג סי' קפ"א כתב על מי שתבע את חבירו שחייב לו ממון וגזים עליו בעש"ג ומסר מודעא על מה שיתחייב לו בשטר כיון שלא ידעו העדים מה שתבעו שיכתוב לו שט"ח על סך מעות שלא כדין וכ"ש

שמודה

ועמד אחד ועשה פשרה ביניהם בקנין וביטול מודעא ולאחר זמן תבע שמעון מראובן אותם המעות שלא נתנ' לו אלא מפחד שלא ילשינהו וכו' הדין עם שמעון מפני שאנוס היה והוה ליה כתלוהו ויהיב והקנין וביטול המודע' הכל היה מחמת אונסו עכ"ל הרי דאפילו נתן לו המעות על ידי פשרה בקנין חוזר עליו בכח המודעא דהגיזום הוי אונס ולא אמרי' גזים ולא עביד ואף שכ' מהריק"ו שרש קפ"ו והביאו מרן הב"י מחוד' א' בהטוען שנתן לחבירו מפני שגזמו להביאו בערכאות של גוים לא מיקרי אונס עיין שם כבר כתב מהרש"ך הביאו הרב כנסת הגדולה הגב"י אות י"ז דה"ד בשלא מסר מודעא ואין האונס ברור אבל כשמסר מודעא והראה לעדים שמחייבו באונס לכולי עלמא מיקרי אונס עיין שם וגם מהר"ש וראבי"ה דס"ל דאונס הפחדה לא מיקרי אונס היינו דוקא בשלא מסר מודעא אבל מסר מודעא הוי אונס כמו שכ' מהראנ"ח ח"א סי' מ"ב הביאו הכנה"ג הגב"י אות ל"ה עיין שם ונראה דהרשב"א ומהריק"ו לא פליגי דלא אמר מהריק"ו דאונס הפחדה לא חשיב אונס אלא במה שבין אדם לחבירו אבל מגוים שיערער עליו שרי המלכות עביד איניש דגזי' ועביד כמו שכ' ה' כנסת הגדולה אות ד' בשם מהר"ש ן' חבון עיין שם ועיין בהרב כנסת הגדולה שם נראה דהיינו דוקא בשלא מסר מודעא אבל כשמסר מודעא גלי דעתיה דמחשיב ליה לאונס וכמו שכתב מהרח"ש בקונט' המודעא דף י"ב וי"ג עיין שם באורך ונראה דאפי' להוצי' ממון חשיב אונס שהרי נדון מהריק"ו בשכבר נתן מעות וטען שבאונס נתן מפני שהגזימו להביאו בערכאות ש"ג וכת' דלא חשיב אונס דגזים ולא עביד ואם כן כשמסר מודעא שמחשיבו לאונס אף על פי שכבר נתן כיון דחשי' אונס מוציאין ממון מידו ועיין בתשו' מהראנ"ח סי' ס"ג דמהריק"ו לא אמר אלא לענין דלא חשיב אונס ברור כדי להוציא ממון מיד המוחזק אחר שנתן לו שכר והחזי' בו ואחר כך כת' וז"ל דשמא ע"כ לא אמר ר"ת וסייעתו דאונס ההפחדה חשבי' ליה אונס אלא כשמס' מודע' עליו וגלה הנאנס דעתו דחשיב ליה אונס וירא בכך אבל כל שלא מסר מודעא עליו מתחילה לא ושמעתי שמקצת מן המורים החזיקו בחלוק הזה ועשו לו סמוכות ג"כ מדברי מהריק"ו שכתב ובר מן דין מי יוצא ממון מיד המוחזק בו בטענת אונס דלא מוכח וכו' עיין שם ואם כן נרא' דמהריק"ו שכתב דאפילו לדברי ר"ת פשיטא דלא חשיב אונס בגזום בעלמא אלא וכו' היינו אפי' במסר מודעא דמחשיב ליה אונס לר"ת וסייעתו היינו דוקא בגזום דברי היזקא אבל אי לא ברי היזקא כגון שגזמו להביאו בערכאות של גוים לא חשיב אונס כלל אפילו מסר מודעא להוציא ממון מחזקתו :

יו"ד מודעא שלא חתמו בה עדי המודעא עצמה אלא פ' לוה לחתום וכו' כר' דודאי עדים שאינם יודעים לחתום וצוו לאחר לחתום אינו כלו' דהוי עד מפי עד כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ד סי' קל"א והרשב"ץ ח"א סימן קכ"ח והרדב"ז חלק שני סי' תק"ן על שטר שחתום בו עד א' והעד הב' לוה לחתום ושני עדים על זה שלוה לחתום דהוי עד מפי עד ואינו כלום מיהו אם יבאו ב' עדי' אשר העידו על אותו שלוה לחתום בפני בית דין ויאמרו מעידים שפ' לוה לחתום חתימה זו נתקיים זה העד שהרי על החתימה הם מעידי' אבל אם אמרו פ' אמר להם שהוא עד בדבר זה וצוה לחתו' חתימה זו נ"ל שאין קיום וכו' עיין שם באורך וכבר כ' מרן בסימן מ"ה מקום שנהגו שהסופר חותם ע"פ העד פ' לוה לחתום אם קבלו בני העיר עליה' לעשות עדותו כעדות העד כשר ואם לא קבלו עליהם אינו יכול והם דברי הרשב"א בתשו' ח"ד סימן קל"א וסימן קל"ט עי' שם משמע אפי' נהגו צריך שקבלו כן בני העיר וכן כ' הרמ"ה בתשו' סי' רל"ח וז"ל על שט"ח היוצאים ביניכם בחתימות ידי סופר שחותם שמות העדים שצוו אותו לחתו' כך ראינו שאם היה שטר זה בחתימות ידי סופר שהסכימו כל בני העיר להאמינו לחתום שמות העדים כשיש עדי' או ראיה על הסכמה זו הרי זה כמי שהסכימו כל בני העיר לקבל עליהם עד מפי עד ועושים על פי אותם שטרות בדיני ממונות בלבד ובכל כיוצא בזה אמרו חכמי' הכל כמנהג המדינה ואם לא נתברר שהסכימו כל בני העיר על כך הרי אותם שטרו' פסולי' לגמרי וכו' עכ"ל הרי דצריך ראיה על המנהג וכה"ג כת' הרא"ש בתשו' הביאו הטור סימן ס' גבי תקנת השוק דבספק מעמידי' הדבר על דין תורה עיין שם וכן קי"ל בא"ה סי' קי"ח דדבר שאינו מפורש בתקנה נעמידנו על דין תורה וכן בכל ספק וכו' והם דברי הרא"ש בתשו' הביאם הטור שם וכ' הרשב"ץ בתשו' חלק שני סימן רל"ג אף על פי שהיה דעתו לדון שתהא יד התובע על התחתונה כדין כל ספק תביעת ממון בטלו דעתו מפני דעתו כי רב מובהק הוא וגחית לעומקא דדינא וכה"ג כת' הרמב"ן בשם ר' אפרים בפרק יש נוחלין ובס"ה בכורות עיין שם וכתב מהר"י עייאש בתשו' חלק שני סימן קכ"ג דמשמע דלא מהני תפיס' בתקנו' וז"ש הרשב"ץ שהיה דעתו לדון שיהא יד התובע על התחתונה לענין תפיסה בכל ספק דעלמא וחזר ובטל דעתו מפני דעת הרא"ש דלא מהני תפיסה ע"ש אלמא כל ספק בתקנה מעמידים הדבר על ד"ת אפילו להוציא ממון והכא נמי אם אין עדים שקבלו כן הוי ספק תקנה ואפילו נהגו כן אין סתם מנהג מבטל הלכה וכן כתב הריב"ש סס"י שמ"א אפילו שיש דברים שאין סתם מנהג מבטל הלכה אלא מנהג שהתנו עליו בני העיר כמ"ש הרמב"ן בפרק מ"ש שאם נהגו בדיני ממונות שהמלוה את חבירו בעדים לא יהא נאמן לומר פרעתו או שבומר חנם יהא חייב כשואל אין מנהגם כלו' לבטל הלכה אלא אם כן התנו עליו וכו' עיין שם מיהו הרא"ש בתשו' שכ' הטור סימן ס"א ופסקו מרן שם דכל דבר שנהגו במדינה לכתוב כן נאמנו' כן כתבוה בשוקא וכו' כל מי שמקנה בסודר דעתו שיכתוב כמנהג המדינה וכו' ומ"ש בסימן ע"א סי"ד שטר שיש בו נאמנו' ומנהג המקום הרבה כותבי' נאמנו' אם העדים עצמם הם כאן ואומרים שלא כתבו כי אם מפני שהיו רואים שבשטרות כותבי' כן וכו' ואין סומכין על הנאמנות וכו' כבר כת' מרן בב"י דמיירי כשאין מנהג פשוט לכתוב כן בכל השטרות והרא"ש מיירי כשהוא מנהג פשוט וכתוב בו בכל השטרו' אם כן אם המנהג פשוט לכתו' נאמנו' בכל השטרו' מסתמא דעתו שיכתוב כמנהג המדינה אפי' לא קבלו הלוה בפי' עיין שם בהסמ"ע והש"ך וכ"כ הרשב"א בתשו' חלק שני סימן של"ה וזה לשונו ועוד שאפי' בלא זה הנאמנו' כלל המלוה והבא מכחו נאמני' מתקנת הקהל שכל המלוה על דעת מה שהתקינו הקהל והנהיגו מלוה וכן כל לוה על דעתם הוא לוה ואעפ"י שלא התקינו הקהל אלא שהכל נוהגין כן כל מלוה ולוה על דעת כן מלוים ולוים וכולי עיין שם הרי דהמלוה והלוה מסתמא על דעת המנהג חייבו עצמם מיהו כר' דה"ד לגבי נאמנות שלא יהא נאמן לומר פרעתי משום דהחיוב ברור והמלוה על דעת כן מלוה וכן הלוה חייב עצמו על דעת כן והכא נמי נהגו שהמלוה

שהמלוה את חבירו בעדים לא יהא נאמן לומר פרעתי או בכת"י שלא יהא נאמן לומ' פרעתי כמו שטר מסתמ' כיון שהחיוב ברור בעדים והספק בפירעון אמרי' מסתמ' על דעת כן מלוים ולוים שלא יהא נאמן לומר פרעתי ודלא כהרמב"ן והריב"ש אבל שט"ח שלא חתמו בו העדי' עצמם אלא פ' לוה לחתום וכו' שהחיוב ספק ולא שייך האי טעמא שהמלוה והלוה על דעת המנהג חייבו עצמם דהרי אין החיוב ברור לא יתחייב אלא אם כן קבלו אותו בני העיר והרשב"א בתשוב' חלק שני סימן קי"א כתב על מנהג עיר א' דפעמים שחותמין האחד ביד' והא' חותם הסופר בשבילו וכת' לוה פ' לחתום וכו' ועמד שם א' ואשתו ומכרו בתים שיש להם ללאה אשת יוסף וכת' השט' וחתם העד בחתם ידו והעד הב' חתם סופר בשבילו פ' לוה לחתום וכולי השטר כשר אף על פי שלא חתם העד השני בחתם ידו הואיל ותקנת העיר ומנהגם הוא בכך דלא גרע משטרות העולי' בעש"ג שהוא כשר דלא מרעי נפשייהו וכ"ש סופר העיר שהעמידוהו לכך והתקינו שיהיו עושי' כן משום עמי הארץ שאינם יודעי' לחתום וכו' עיין שם באורך הרי דאפי' דקרקע בחזק' בעליה עומדת שטר המכר כשר משו' תקנת בני העיר ומנהגם והתקינו כן משום ע"ה שאינם יודעים לחתום מיהו משמע דה"ד אם הסופר חותם כן לוה פ' לחתום וכו' משו' דהסופר לא מרע אנפשיה דלא גרע משטר העולה בעש"ג דכשר מה"ט אבל עד אחר שחתם פ' לוה לחתום וכולי אינו נאמן אלא אם כן נתברר שקבלו עליהם בפי' והרדב"ז חלק שני סי' תקמ"ד כ' על שטר שמנהג העיר לעשות כל שטרותיהם ע"י סופרים גוים ועדים גוים וכו' העולה מדברי הראשוני' כי המנהג אשר אמרו מבטל הלכה צריך שיהא ידוע וקבוע ע"פ בקיאים וכולי הילכך אם תברר האשה בשני עדים כשרים שכל שטרותיהם היו עושי' על פה סופר ועדים גוים אף על פי שלא היו בערכאותיהם ובכל התנאים אשר הזהירו רז"ל והובאו שטרות אלו לפני חכמי העיר ועשו על פיהם והוקבע המנהג הרי זה מנהג המבטל הלכה ואף על פי שלא בא לפניהם שטר מתנה ממש כזה כיון שנהגו בשאר שטרו' אף על פי שאין בהם שאר תנאים ערכאותיהם נהגו גם בשט' מתנה אבל אם העידו שהיו באי' לפני חכמים שטרות העולים בערכאותיהם ועשו על פיהם ולא משום מנהג עד שתביא ראיה שבאו לפניהם שטרי במטלטלי' בלא דרכי הקנין ועשו על פיו וקבעו המנהג לעשות כל שטרותיהם בעדים גוים עכ"ל הרי דגם שטר מתנה בעדים גוים שאינו כדין כשר וה"ד אם יש עדים שנקבע המנהג על פה חכמי העיר שבאו שטרות לפניהם ודנו על פיהם וא"כ בנ"ד אם יש עדים שראו שט"ח שאין עדים חתומים אלא לוה לחתום וכולי ודנו על פיהם ה"ז מנהג מבטל הלכה ואפילו יש עדים אפשר דלא קבלו עליהם אלא סופרי העיר שחתם פלוני לוה וכו' משום דלא מרע נפשיה כמ"ש בתשו' הרשב"א ועדיין א"ל דה"ד בשטרו' תקנו כך כדי שלא תנעול דלת בפני לוים שהרי כתב הרמב"ם בפרק שלישי מה' עדות דין תורה שאין מקבלין עדות לא בדיני ממונו' ולא בדיני נפשות אלא על פה העדים שנאמר על פי שנים עדים מפיהם ולא מפי כתבם אבל מדברי סופרי' שחותכי' דיני ממונות בעדות בשטר אף על פי שאין העדים קיימים כדי שלא תנעול דלת בפני לוים וכו' ופסקו מרן בסימן כ"ח עיין שם ואם כן גם חתימת העדים עצמם בשטר היא תקנת חכמי' כדי שלא תנעול דלת בפני לוים ואם כן אם נהגו לקיים עדות לוה לחתום כעדות העדי' כדי שלא תנעול דלת בפני לוים שלא ימלא עדים שיודעים לחתום מכל מקום במודעא דלא שייך ה"ט לא קבלו ואף אם יש עדים שבא לפני בית דין של העיר שטר מודע' פ' לוה לחתום וכו' ודנו על פיו הא קי"ל דלעולם הולכין אחר מקום שנתחייב בו כמ"ש בסימן ס"ט בעיר שנהגו שכתב יד דינו כשטר דאין נאמן לומ' פרעתי והלך הלוה לעיר שלא נהגו כך וטען פרעתי כמנהג המקום שיושב בו עתה הולכין אחר מקום שנתחייב בו וה"ה בהפך אם במקום שנתחייב בו נאמן לומ' פרעתי ובמקו' אחר נהגו בו כשטר הולכין אחר מקום שנתחייב עיין שם אם כן בנ"ד אפילו שעדים בעיר זו שקבלו עדות דלוה לחתום כעדים עצמם בכל השטרות צריך לברר מיהו נר' דאפי' בדבר דלא שייך טעמא דנעילת דלת חותכין דיני ממונו' בעדות שבשטר דלא חילקו חכמים כמ"ש הרמב"ן בסוף יבמות בפלוגת' דר"ע ור"ט אי בודקי' עדי נשים בדרישה וחקירה וכו' ואף על גב דלגבי כתובה ליכא נעילת דלת שיותר משהאיש רוצה לישא וכולי לא פלוג רבנן בדיני ממונות ואע"ג דבדיני קנסות בעי' דרישה וחקירה הנהו לאו בכלל דיני ממונו' נינהו ולא תקנו בו רבנן מידי וכו' והביאו הרב"א בתשו' סי' ה' עיין שם והכא נמי חותכין כל דיני ממונות בעדות שבשטר אפילו בכתובה ודכוותה דלא שייך נעילת דלת כנראה מדברי הרמב"ם שכ' אבל מד"ס שחותכין ד"מ בעדי' שבשטר וכו' שלא תנעול דלת בפני לוים ואין דנין בעדות שבשטר בדיני קנסות וכולי הרי דלא הוציא אלא דיני קנסות דלאו בכלל דיני ממונו' נינהו אבל כל דיני ממונות אפילו דבר שאין בו נעילת דלת חותכין בעדו' שבשט' דלא פלוג רבנן כמ"ש הרמב"ן גבי דרישה וחקירה ומכל מקום בעדות דלוה לחתום וכו' כל שאין ראיה שקבלו עליהם כל עדות אמרי' שמא ה"ד בשט"ח כדי שלא תנעול דלת אבל בכתובה דלא שייך האי טעמא דנעיל' דלת לא עשו הפך הדין וכבר כתבתי בס' עה"ש סי' ס' דבמקום שעשו תקנת השוק וספק במתנה אם היא בכלל התקנה אין מוציאין ממון מיד המוחזק ומ"ש הרא"ש דבס' מעמידין הדבר על דין תורה ה"ד בספק אם נהגו עיקר התקנה אבל כשיש ודאי תקנה והספק אם המתנה בכלל התקנה אין מוציאין מהמוחזק וכן כת' מרן הב"י דקי"ל כהרא"ש דעשו במתנה תקנת השוק מה"ט דמוקמי' ממון בחזקתיה עיין שם והא דקי"ל בסימן קי"ח דדבר שאינו מפורש בתקנה נעמידו על דין תורה מ"מ כל שיש לו זכייה בממון לא אמרי' יד בעל התקנה על התחתונה ואם כן ה"נ דמקבל מתנה זכה זכייה גמורה:

ר"א מודעא שמעון שהיה יושב בבית ראובן וטען עליו שגנב לו סך כו"כ והודה לו במקלת וכפר בכל השאר ואיים עליו בעש"ג עד שנתפשר עמו ונתגס לו ומסר מודעא ואח"ז מת שמעון וקמו יורשיו והוליאו המודעא ותובעים לראובן דכל מה שנתן אביה' הוא באונס מה דינו:

ונראה דמן הדין היה שמעון חייב שבועת היסת כיון שיש רגלים לדבר כמ"ש מור"ס בסימן ע"ה סי"ז דמשביעין שבועת היסת על טענת שמא כשיש רגלים לדבר כגון שהיה שמעון בבית ראובן ומלא ראובן תיבות פרוצות וכו' עיין שם וכ"ש שמלא הגניבה בידו וגם הודה במקלת דודאי רגלים לדבר שהוא גנב כל מה שאבד לראובן ויכול להשביעו אבל לא היה חייב לשלם כל מה שטען עליו והמבי"ט ח"ג סי' קפ"א כתב על מי שתבע את חבירו שחייב לו ממון וגזים עליו בעש"ג ומסר מודעא על מה שיתחייב לו בשטר כיון שלא ידעו העדים מה שתבעו שיכתוב לו שט"ח על סך מעות שלא כדין וכ"ש

שמודה

שמודה הוא במקלת הוי ספק אם השטר בטל או לא ואם כן לא הוחזק השטר כשאר שטרות שאינו חייב לישבע ושהוא נאמן כשני עדים כיון שיש עליו מודעא וגם אין המודעא קיימת כיון שלא ידעו העדים אם היה שלא כדין אלא בעל השטר ישבע שחייב לו מ"ש בשטר ואם מת הנתבע לא יוצא התובע בשטר שבידו מן היורשים אלא בראייה ברורה לפני ב"ח ואם מת התובע לא יוציאו יורשיו מהנתבע אלא בראיה ברורה והביאו ה' כנה"ג הגה"ע אות ל"ז עיין שם ונראה דס"ל דבעל השטר ישבע שחייב לו משום דמוקמי' השטר אחזקתיה אלא דוקא לגבי השבועה לא מחזקי' בשאר שטרות שאינו חייב לישבע שהוא נאמן כשני עדים ודבריו תמוהים דאם כן אם מת הנתבע אמאי אינו גובה התובע מיורשיו משבועה כיון שהוא מוציא מן הנתבע עצמו שטוען ברי כ"ש שמוציא מיורשיו ועוד דהתוס' בכתובות דף כ' בד"ה והוקי וכולי כתבו בשם הרשב"א בשובר מסופק כגון תרי ותרי מוקמי' ממונא בחזקת הלוה ולא מוקמי' שטר אחזקתיה עיין שם וכן כתב הנ"י בפ' ג"פ בשם הרא"ה ופסקו מור"ם בסי' מ"ב ס"ח דאמרינן בשובר יד בעל השובר על העליונה כיון שהוא מוחזק ומבטלין השטר עיין שם בהש"ך וגם הסמ"ע שם שכ' דלא מהני שובר מסופ' נגד השטר מבורר עיין שם וכה"ג כתב מהר"י ן' מיגש בתשובות סי' קע"ב דדוקא מלוה ע"פ ושני כתי עדים מכחישים בפירעון מוקמי' ממונא בחזקת מריה אבל במלוה בשטר מוקמי' שטרא אחזקתיה עיין שם וכן נראה דעת בעל התרומות ריש שער כ"ו כמ"ש בסימן ע"ה עיין שם נראה דהיינו דוקא בספק בפירעון דכיון דברי בחיובא וספק בחזרה מוקמי' שטר אחזקתיה אבל גבי מודעא דספק בחיובא הוא לכ"ע מוקמי' ממונא בחזקת הלוה וישבע ויפטר וא"כ ה"נ אף שהוא מודה במקלת והיה צריך לישבע שבוע' דאורייתא השתא שמת אין התובע מוציא מהיורשים והורשים פטורים כדאמרי' בפ' כל הנשבעין ומבואר בסי' ע"ה סי"ו דהתובע ליורשי' מלוה ע"פ ואמרי היורשים חמשים ידענא וחמשים לא ידענא פטורים אפי' בלא שבועה ע"ש וא"כ אם לא ידעו העדים אם חייב לו או לא דהוי ספק נראה דבעל השטר ודינו כתביעה ע"פ דהלוה נשבע ונפטר ואם מת הלוה פטורים יורשיו בלא שבועה אבל בנ"ד שפרע לו כבר דהמלוה תפוס יש להסתפק אם יורשי הלוה יכולים להוציא מידו מכח המודעא והסמ"ע בסי' ע"ה ס"ק מ"ט כתב דאם תפס בעל החיבה משל שמעון בלא עדים תפיסה וכו' עיין שם וכ' ה' שבות יעקב ח"ב סי' קמ"ח דהיינו שישבע ויחזיק מה שבידו וכן כתב בתשו' פליטת בית יהודה סימן כ"ח דהתובע נאמן בשבועה לתפוס מה שבידו ומה שתמה הש"ך איך תועיל תפיסתו להוציא ממון מספק וכו' לק"מ שהרי הסמ"ע שם ס"ק מ"ח כ' דאין שמעון יכול להפך השבועה על ראובן וכו' כיון דלא ראה ראובן בעיניו אלא שיש רגלים לדבר וכו' ונ"ל דה"ד אם התובע טוען שמא ע"י רגלים לדבר דאז הנתבע נשבע ונפטר אבל אם טוען התובע ברי לי ע"פ האומדנות יכול לישבע ולתפוס מה שבידו עש"ב וכבר כתבתי בסי' ע"ה תשו' הרמב"ם שכ' דלא שייך שבועת היסת אלא בדבר שיכול להפך השבועה על התובע שישבע ויטול עיין שם ואם כן ה"נ אם התובע טוען שמא ע"י רגלים לדבר הלוה אין צריך שבועה כיון שאינו יכול להפך השבועה על התובע אבל אם התובע טוען ברי ע"פ האומדנות יכול להשביעו להנתבע ויכול להפך השבועה על התובע ואם תפס התובע ישבע להחזיק מה שבידו והרמב"ם שכ'

בפ"א מה' טוען דבר פ' נגנב מביתי ולא היה שם אלא אתה קרוב בעיני שאתה גנבתו וכו' פטור אף משבועת היסת כבר כתב הרדב"ז ח"ב סימן ת"ל דוקא אמר קרוב בעיני אבל אם טען ברי לי שאתה גנבתו אפילו אינו טוען שראה אותו שגנבו משביעין אותו ע"ש :

י"ב ראובן שמכר אלרו לשמעון בסך י"ח אלפים ואחר גמר הקנין וכתבו שטר חזר הלוקח בטענות שאין בהם ממש בפני ב"ד וגיזם בפניהם לילך למלך יר"ה לגלות אזנו ועפי"ז הלך המוכר ומסר מודעא :

ונראה דזה חשיב אונס כמ"ש הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י על ראובן שתבע משמעון תביעה שאינו זוכה בדין והפחידו שאם לא יתן לו אותם המעו' ילשין וימסור אותו למלך ועמד א' ועשה פשרה ביניהם בקנין ובביטול מודעא ולאחר זמן תבע משמעון מראובן אותם המעות שלא נתגם לו אלא מפחד שלא ילשינהו וכולי שהדין עם שמעון מפני שאנוס היה והו"ל כתלוהו ויהיב והקנין והבטול המודעא הכל היה מחמת אונסו עכ"ל ומהריק"ו סימן קפ"ו כתב וז"ל ועוד נלע"ד דאפי' לדברי רב האי ור"ח פסיט' דלא חשיב אונס בגזום בעלמא אלא היכא דגזים ליה במידי דאי עביד ליה ברי היזק או בגופו וכו' או בממון כי ההיא דכבשיה שטר משכנתא בפרדיסא בפ' ח"ה היכא שביד המגזים לעשותו בלי ספק אבל היכא שמגזימו לעשות דבר דאף כי יעשהו שמא לא יוזק חבירו בכך כגון כיולא בנדון שלנו שאנו עומדים בו שטוען שגזמו להביאו בעש"ג דלא חשיב אונס כלל שהרי לא כל המביאים לחבריהם בעש"ג נולאים וכו' עיין שם אבל הרשב"א בתשו' וכו' הרי דס"ל דאונס הגזום אפילו לא ברי היזק הוי אונס ולא גזים ולא עביד דהא אפי' ילשין אותו למלך לא בודאי יגיע לו נזק וכן הסכים ה' בית שלמה סימן כ"א עיין שם ונראה פשוט דבמתנה באונס כל דהו סגי ולא בעי' אונס גמור דכל שיש שום צד אונס קלא ומסר מודעא המתנה בטלה לכ"ע דאפי' למ"ד דגזים אינש ולא עביד ה"ד אם לא מסר מודעא אבל אם מסר מודעא לכ"ע חשיב אונס כנראה מל' מהריק"ו וכן כתב ה' אנג"ל סימן ב' עיין שם ואם כן (א"ה עכ"מ ועיין מ"ש המחבר לעיל בסעיף ח') :

י"ג כתב הרשב"ש בתשובות סימן קכ"ח בבן שהיה שכ"מ ומכר קרקע אביו וקיימא אמו המכירה וז"ל ומה שטוענת שמחשש שמא תטרף דעתו של בנה עשתה אינה כלום שאין זה אונס כלל ואפילו מסרה מודעא אינה מודעא שאם רחמה על בנה אינו אונס ומרחמנותא גמרה וסלקה ומכרה ולא מצינו נחת רוח אלא באשה לבעלה ולא בכל ענין אלא בקנה מן האיש ואח"ך קנה מן האשה וכו' עיין שם ונראה דס"ל דגם במתנה דקי"ל דאפילו במודעא שקר ולא היה לו אונס המתנה בטלה היינו משום דסוף סוף אינו חפץ במתנה אבל בנ"ד שנתנה כדי לעשות נחת רוח לבנה הרי גלתה דעתה דנתנה בלב שלם דאנן סהדי דמרחמנו' על בנה גמרה ונתנה ונראה דהדין דין אמת דלא חשיב אונס כמ"ש המרדכי בפרק זה בורר על אלמנה שלותה בשעת מיתה ליתן מנכסיה לבני קרובה שם זקוקין והבן שותק ועתה אחר מיתה אומר שאמו לא נשבעה על כתובתה ומה ששתק שלא רצה להכעיסה והשיב כ"ל כיון שלותה בפניו ושותק הוי כאלו הודה שיש לה שם זקוקין בידה שאין לו חלק בהם עכ"ל וכן מצאתי למהר"י ווייל סימן י"ט בש"מ שרצה לחלק נכסיו וקרא לאשתו ובקש אותה ליקח סך ידוע ולמחול על מותר כתובתה וכן עשתה

בפני

בפני עדים שכ' וז"ל ולא שייך לומר נח"ר עשיתי לבעלי דלא אמרי' נח"ר עשתה אלא היכא דזבן איהו נכסי דידיה המשועבדי' לה בכתובתה משום דאם אינה מסכמת לדעתו אית לה קטטה בהדיה וא"ל נתנה עיניה בגירושי' ובמיתה אבל על מחילת כתובתה אם אינה מתרצה לו לית ליה איבה וכו' וסוגי' דתלמודא בפ' החובל דאיתתא דמוחלת כתובתה לבעלה מחילתה מחי' אי נפשי' כתובת' מכתובה דאורייתא ובפ' נערה שנתפתתה אמר רבא פשיטא לי מוכרת כתובתה בין לבעלה בין לאחרים יש לה כתובת ב"ד מ"ט זוזי אנסוה מוחלת כתובתה לבעלה אין לה כתובת ב"ד מ"ט אחולי אחליה וכו' אלמא דמחילת' הוי מחילה ול"ל דשאני הכא כיון שהיה שכ"מ לא רצתה להקניטו וא"ל כה"ג נחת רוח איברא לא"ה דגדולה מזו איתא במרדכי בפ' זה בורר וכולי אלמא אפי' בשתיקה בעלמא אמרינן אודויי אודי ליה ולא אמרינן מה ששתק שלא רצה להקניט את אמו אע"פ שהוא חייב בכבודה וכו' עכ"ל הרי דס"ל דגם באשה לא אמרינן נח"ר עשיתי לבעלי ומוחלת כתובתה הוי נמחילה ואפילו היה שכ"מ לא אמרינן לא רצתה להקניטו מיהו מה שהוכיח מהר"י ווייל דמחילת כתובתה הוי מחילה לא ראה תשובת הרשב"א בח"ב סימן רל"ח שכ' וז"ל וא"כ האשה שמכרה כתובת' לבעלה לא עשתה כלום וכו' והא דאמרינן בכתובות וכו' אלמא בין מוכרת בין מוחלת כתובתה לבעלה נמעביה קיימים ואינה יכולה לומר נח"ר עשיתי לבעלי לא היא דהתם כשיש עדים שראו וידעו שהיא מכרה לבעלה מרצונה ומשום שהיתה צריכה למעות ואי נמי במודה וכולי ע"ש ואם כן ה"נ א"ל דמחילת' אינה קיימת והתם מיירי במודה וכן כתב בש"מ לכתובות שם וז"ל איכא דק"ל מוחלת כתובת' היכא א"ל תימא נח"ר עשיתי לבעלי וכו' והראב"ד מפ' לה כגון שקבלה עלה לאחריות וא"ל מוחלת עיקר כתובת' אין נראה שהרי כל הנשים יש להם כתובה והוא הוא שנתן עיניו בגירושין ובמיתה וכ"כ הראב"ד והרמב"ן וכן תי' הרא"ה עיין שם הרי דגם הראב"ד ס"ל דמוחלת כתובתה אינה מחילה דיכולה לומר נח"ר עשיתי לבעלי והתם מיירי בקבלה אחריות מיהו הרשב"א בתשובות שם סיים מסברא דמחילה קיימת כיון שאינה אלא סלוק שעבוד והרדב"ז ח"ב סי' של"ז בראובן שהיה עליו שט"ח לשמעון ונטה למות ושלח אחר שמעון ופרע לו ונקלת השטר מעות בעין והשאר נתן לו יין ופסק עמו דמים והיה זה בפני אשתו וא"ל נגה לו כו"ך ושתקה ואחר שמת בא שמעון ליקח יינו ועכבה עליו אשתו ותפסה הכל וכו' כתב דלא הוי מחילה דיכולה לומר נח"ר עשיתי לבעלי עיין שם :

י"ד מרן הב"י אה"ע סי' קל"ד כתב בשם הרשב"ץ וזה לשונו וכ' עוד יש אונס אחר ולא מצינו דומה לו בגמרא והוא שאנסוהו אחרים כדין ושלא כדין בגוף או בממון ואומרים בפירוש שאונס זה לא יסלקוהו עד שיגרש פ' אפילו אותו פלו' לא היה דינו לגרש א"א שאין זה בכלל אונסים אפילו הוליאו להריגה בנו שרתנויו עליו אם הוא לא יגרש אשתו וגירשה להציל בנו כיון שלא מסר מודעא אין זה גט מעושה כלל שאין העשוי אלא בגופו וכו' ומה שכת' מהרח"ש בקו' המודעא דכ"ח דנר' דהרשב"א חולק על הרשב"ץ שכת' בתשו' הביאה מהרי"ק בשרש קס"ז ראובן שדך אשה שלא מדעת קרוביו ונשבע לישא אותה ולקלת ימים חלתה אחותו ובקשה ממנו לאסור אשה המשודכת לו ושישבע שלא ישאנה לעולם ונשבעה שלא תאכל לעולם עד אשר יעשה כן וראובן נתייעץ ומס' מודעא בפני עדים שאין כוונתו לקיים את האסור אבל יעשה רצונה כדי שלא תטרף דעתה עליה וכן עשה ואסר' ע"ע וכולי שדעתי שהנדר הזה בטל מעיקרו ואין נדר כלל לפי שהיה אנוס הוא בעיקר הנדר כיון שהית' אחותו חולה חולי כבד ונשבעה שלא תאכל עד שיאסור ואין לך אונס גדול מזה לאחיה וכולי שהרי שנינו נדרי אונסין כילד הדירו חבירו שיאכל אצלו וחלה הוא או שחלה בנו וכו' עכ"ל הרי דאפי' בשביל סכנת הגוף חשיב ליה אונס אפי' לענין שבועה וכל שכן וכו' עיין שם ונראה דגם הרשב"ץ מודה דאם מסר מודעא הוי גט מעושה באונס מדכתב כיון שלא מסר מודעא וכו' אלא דמתשו' הרשב"א בתשו' מהרי"ק שרש קס"ז שכ' ואם באנו להסתפק שמא מתחלתו מרוצה היה בנדרו אלא שעכשיו מתחרט ור"ל שאנוס הו' זה אינו וגדולה מזו כי כבר מוסר מודעא בפני שנים והכירו באונסו ואפילו לא הכירו באונסו וכו' וכ"ה בתשו' המיוחסות סימן רע"ו עיין שם משמע דאפילו לא מסר מודעא הוי אונס אבל ראיתי בתשו' הרשב"ץ ח"א סימן א' דף ב' ע"ד שסיים ואף על גב דאמרי' בפ' רביעי דנדרים דנדרי אונסים הוו אם חלה בנו הייינו למימ' דמקרי אונס לענין למפטריה משום דאנוס רחמנא פטרי והכא נמי לענין קיום תנאי הגט למאן דאית ליה יש אונס בגיטין והיינו דמייתי עלה בגמרא ההוא דפסקא מברא אבל לענין גט מעושה אינו ענין שאין כל האונס נקרא מעושה ואפילו נאנס מפני שהיו מכים אותו וחובשים בנו יחידו אשר אהב וכו' עכ"ל הרי דמחלק בין איסור נדר לגט מעושה ואם כן הרשב"א אינו חולק דלא אמר אלא לענין איסור דאנוס פטור אבל לענין גט מעושה אפשר דמודה דלא הוי גט מעושה והתימא על הרשב"ש סימן של"ט שלמד ממנה דהוי גט מעושה ולא זכר תשו' אביו הרשב"ץ עיין שם באורך ומכל מקום נראה דהרשב"ץ מוד' דגם באונס אחר שאינו בגופו אם מסר מודעא הוי אונ' ול"מ למאי דקיימא לן דבגט ומתנה אפילו לא נאנס כיון שגלה דעתו שאינו ברצונו הוי מודעא אלא אפי' לרשב"ס ודעמיה דה"ט שכיון שמוסר מודעא אנן סהדי דאנוס הו' ואם כן אם נתברר שלא נאנס אין המודעא כלום נרא' דאונס אחרים הוי אונס קלת ומועיל להחשיב מודעא כמו שכת' סי' רל"ב וז"ל אף אם נאמר שאין מסירת מודע' מועלת אלא על ידי אונס אפילו הכי קלת אונס מועיל להחשיב מודעא אף על פי שאינו אונס גמור מלד עלמו וראיה לזה מדאמרינן בפרק חזקת גבי מתנה טמירתא וכו' והדבר מבואר שאונס זה לאו אונס גמור הוא שאם ירלה לא ישאנה ולא יתן לה נכסיו ואם לא היה מתנת הבן שקדמה לא היתה מתנת האשה מתנה גמורה ואף על פי כן מבטל אותה מתנת הבן הקדומה והו"ל מודע' מחמת אונס גרוע בזה אף על גב דבעלמא בלא אונס אמרי' דלא הוי מודע' לחברתה וכו' עיין שם והכא נמי אפשר לומר דאונס אף על פי שאינו גמור מלד עלמו קלת אונס הוא להחשיב מודע' והר' שער המלך פ' א' מה' מכירה הכריח כן מדכתב רשב"ס דכיון מקבל ממון במתנה זו א"א שנתן מדעתו למה מסר מודעא ולי לא ניחא ליה ל"ל ליתן אלא ודאי נאנס וכו' וא"ת דגם במתנ' בעי אונס גמור ואונס נפשיה לא חשיב אונס אפי' מסר מודע' א"כ אכתי ניחוש שמא מחמת אונס נפשיה וכיולא הוא נתן מתנה זו אלא ודאי אפילו אונס נפשיה מהני כי איכא מודעא ותמה על הריב"ש עיין שם ואם כן א"א דאונס אחרים שאינו בגופו לא חשיב אונס אפילו מסר מודע' ניחוש שמא מחמת אונס בנו כת' גט ונתן מתנ' א"ו אפילו שאינו בגופו מהני להחשיב מודעא מיהו בלאו

הכי

הכי קשה דנר' מדברי רשב"ש דאם קבל ממון לא מהני מודע' ואם כן לימא אלא אונסו ניחוש שמא נחנות ממון שקבל כת' ונתן מתנה וכבר כת' מהרח"ש בקו' המודע' דס"ע ע"ב וכ"ת מ"מ וכו' נימא דאינו אלא אונס ממון י"ל דכולי האי לא חיישי' וכיון דמהמני' ליה במה שאמר אנוס אני אכול' מילת' מהמני' ליה וכו' עיין שם ובתשו' מהר"י ן' הרא"ש סימן ע"ג כתב וזה לשונו והקשה ר"מ מרוטנבורק דילמא בגט נמי זוזי אנסוה שנתנו לו קרובי האשה לגרשה ובמתנה אינו אנוס אונס גמור אלא אדם גדול בקש ממנו מתנה להשיב פניו ופי' הוא אי גט ומתנ' גילוי מילת' בעלמ' אמאי קאמר אי לא ידעינן באונסו דלאו מודע' היא כלל והגט כשר לינשא בו לכתחי' ובמתנ' גובה אותה לכתחילה והא הרבה נותנים גט ומתנ' אנוסי' אונס גמור אם כן אפי' לא היה מפ' אונס הו"ל למיחש דילמ' אנוס הוא ולכל הפחות לגבי גט לא נתירה לעלמ' בלא גט שני ואם קבלה קידושין מאחר תצטרך גט משניה' ובמתנה לא יגבה בשטר זה וזה הפי' דחוק ולע"ד אינו קשה לפי' רשב"ש כי אפילו אם יקבל מעות בגט מקרובי האשה אינו דומה למעות שקבל במכר כי במכר עיקר מכירתו בשביל המעות כי אין אדם מוכר דבר אלא בשביל שחפץ במעות ולא בשביל סיבה אחרת והן הן האונסים אותו למכור ואונס זה אינו מועיל לבטל המקח הילכך אין לפ' במודע' שהכירו באונסו שלא היה בסתם מוכר דזוזי אנסו אבל בגט אפילו אם יתנו לו מעות דבר ידוע הו' שאינו סיבת הגט שאם היה ביניהם אהבה ושלום כמו שראוי להיות בין איש לאשתו אפילו יתנו לו כל הון בית' באהבה בוז יבוזו להם אלא מחמת קטטה שביניהם או שנאה ששנאתו גורמת הגירושי' והמעות אינם אלא טפלי' לדברים אחרים הגורמים לגט הילכך לא דמי למעו' המכ' דנימא גמר ומקנה ומשום הכי פריך גילוי מילת' בעלמ' שהוא אנוס כיון שמוסר מודע' דכיון דאינו מקבל ממון בגט ר"ל כמו במכר כי אין קבלת ממון של הגט דומ' לקבלת ממון של מכר וגם במכר נמי אם אנסוהו למכור חפץ בפחות משוויו אין מכירתו מכירה דהא דאמר ר"ה תלוה וזבין זביניה זביני דאגב אונסיה גמר ומקני ה"ד דלא אוזיל לגביה אלא כדי אונאה וכן משמע הלשון וזבין כדין מכר ואם אוזיל גביה טפי מאונאה דמי לתלוהו ויהיב וכן כתב הר' יונה דהוי זביני במקרקעי אפי' לא נתן לו כל שווי לפי שאין אונאה לקרקע ותורת מכר בכך ומכרו קיים אבל במטלטלין כיון שיש בם אונאה כדי ביטול מקח אין כאן תורת מכר ואני אומר כי גם במקרקעי אם יש בם אונאה עד פלגא דהוי ביטול מקח בקרקעות לדברי התוס' וכן פסק א"א הגה הוכחנו שאין נתינת הממון גורם קיום המקח אלא שווי של מקח גורם קיומו וא"כ נתינת הממון אינו גורם קיומו אם אינו נותנו לרצונו בלא ממון לכך פריך שפיר גילוי מילתא בעלמא הוא וכולי עכ"ל אם כן הר"ם מרוטנבורק ס"ל דאם קבל ממון הוי כמכר דגמר ומקני והא דפרכינן אי דגט ומתנה גילוי מילתא בעלמא היינו למה הגט כשר לינשא בו לכתחי' וגובה המתנה לכתחי' ניחוש דילמא אונס גמור וה"נ א"ל דאונס שאינו בגופו או אונס נפשיה לא חשיב אונס ואפי' מסר מודעא אם נתברר שלא נאנס אלא אונס דאחרי' או אונס דנפשיה אין מודעתו כלום אבל אם לא נתברר אונסו חיישי' שמא הוא אונס גמור ואין הגט כשר לינשא בו לכתחילה ולא יגבה המתנה לכתחילה ונרא' דל"מ שלא יגבה המתנה לכתחילה אלא אפי' החזיק המקבל מתנה מוציאין ממנו מספק כמ"ש הרשב"א והר"ן בפ' המקבל

גבי הולך כזכי דגבי מתנה מספק"ל ואוקי ממונא בחזקת הנותן וכתב מהר"ש חסון סי' ך' דיד הזוכה בעד חבירו כיד חבירו דמי ואפ"ה כיון שבא להפקיע מרשות חבירו אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה קמא ואפי' היה תפוש והמקבל אינו כלום כיון שאין תפיסתו ברורה כמ"ש הרמב"ן בחי' בבעיא דזרק ארנקי דבמתנ' מוציאי' מהמקבל לנותן והרשב"א בתשובות הביאה מרן הב"י אה"ע סי' ל"ג וז"ל ועוד מה שטען הטוען דמן הסתם ידה על התחתונה שהיא קרוייה בעל השטר מסתברא דבמקום הזה הבעל קרוי בעל השטר וידו על התחתונה ואינו דומה למ"ש בפ' ג"פ שטר לך בידי פרוע הגדול פרוע שאני התם שהלוה פרע וכיון שהמלוה מודה שפרע לו שטר א' אם טוען שלא פרע לו אלא הקטן עליו להביא ראיה אבל בנותן או מוחל שטר שיש לו על ראובן כ"ל דראובן מקבל מתנה ועליו להביא ראיה מה מחל לו או מה נתן לו וכו' ע"ש הרי דאפילו איכא ודאי מחילה והלה טוען בריא עליו להביא ראייה מה מחל לו ובמתנה שלא פי' בה שהיה בריא כשנתן או שהיה שכ"מ והוא אמר שכ"מ הייתי והמקבל אומר בריא היה כתב הרמב"ם בפ"ט מה' זכייה דאם היו מטלטלין ביד המקבל מתוך שיכול לומר שלי הם ישבע היסת שבריא היה וזכה וכתב מרן הכ"מ שאם יש עדים שמחמת מתנה באו לידו דלא שייך מגו מוציאי' מידו אלמא אפילו באו לידו ברשות וטען שהיה בריא כשנתן מוציאין מידו ונר' דגם המ"מ לא נסתפק שם אלא משום דהמתנה חלה אלא שרולה בטענת שהיה שכ"מ דכיון שהמקבל טען בריא וזכה ברשות אפשר דאין מוציאין מידו אבל הכא שמסר מודעא ומספק"ל אם היה אנוס אונ' גמור או לא מוציאין מידו דלא זכה ברשות וה"ד אם יש עדים דליכא מגו אבל אם אין עדים על המטלטלי' שבידו נאמן לומר שלא אנסו במגו דשלי הם :

ט"ו ערב בשעת מתן מעות שמסר מודעא קודם שערב כ' מהריט"ן סי' דהוי כמכר וצריך שהכירו באונסו דערב בההיא הנאה שהלוהו על אמונתו נשתעבד והכא נמי הוי כמכר לענין זה ונשתעבד ע"ש אבל מדברי האחרונים שכ' בחייב עצמו בדבר שאינו קצוב דלא נשתעבד ה"ד בדבר שלא היה חייב אבל במכר וכל שיש לו הנאה גמר ונשתעבד והריטב"א דחה זה וכ"כ לכאורה דהנאה דערב חשובה ככסף כמ"ש הריטב"א בפ' קמא דקידושין גבי המקדש במלוה וכולי דאם מחל לה המלוה או מקלת ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאה שמחלתי לך מלוה זו מקודש' כיון שהנאה זו שפ' דהנא' בכ"מ חשיבה ככסף וכדאמרי' גבי דמשתעב' בהנאה וכו' וכן כתב הריטב"א בר"פ הנושא והביאו המש"ל פרק י"א מהלכות מכירה על הרמב"ם דסבירא ליה דחייב עצמו בדבר שאינו קצוב לא נשתעבד וכולי וז"ל וסבור הייתי לומר דמודה הרמב"ם במי שקבל שכר וכולי דלא אמר רבי' אלא בנתחייב עצמו כדרך מתנה וכו' ואין זה נראה מדבריו דא"כ בפוסק לזון את בת אשתו הא איכא שכר שנשאת לו האשה וכו' ועוד ערב יוכיח בהלוהו זה על אמונתו ואפ"ה אמר רבי' שאם ערב בדבר שאינו קצוב ונתנו על פיו פטור אלא ודאי ל"ש וכו' הרי שדימה ערב שהלוהו על אמונתו הוי כקבל שכר ואם כן ה"נ לענין מודעא הוי כמכר דבעי' היכר אונס ולכאור' הנאה דערבות עדיפא ממכר דבפרק גט פשוט אמר רב אשי לאמימר הא מעשים בכל יום דאסמכת' לא קניא וערב משתעב' אף על גב דהוי אסמכתא מה"ט דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה עיין שם אם כן ערבו' עדיפ'

ממכר

ממכר דמכר אסמכתא לא קניא ולא אמרי אגב זוזי גמר ומקני וערב אגב ההיא הנאה גמר ונשתעבד וא"כ לגבי מודע' דבמכר אמרי' דגמר ומקנה אם לא נודע האונס וכל שכן בערבות מיהו נראה דהנאה דערב לא הוי ממון גמור כמו שהוכיח המח"א בהל' רבית סימן י"א דערב משתעבד לאו משום דחשיב כאילו הגיע אותו מנה לידו אלא דהותה הנאה שוה פרוטה וכן כתב הריטב"א בחי' שם וכן נר' מדברי הרמב"ם וכו' עיין שם באורך וכבר כתב הרשב"א בפ' ח"ה די"מ דבמכר אפי' בפחות משווין גמר ומקנה דהא אשה מתקדשת בפרוטה וכן קרק' נקנה בכל כסף ותליוה וזבין אפי' בפרוטה גמר ומקנה ומסתברא שאין דברים אלו נכונים דאכן דעתא דמוכר אמרי' דאגב אונסא דזוזי גמר ומזבין הא בלא זוזי לא ותליוה ויהיב אין נותנו מתנה ואיך אפ' שיתרלה בפרוטה על קרקע שוה מאה מנה ודרכן של בני אדם להניח קרקע באנס או ליתנו במתנה יותר ממה שיתנו בפרוטה וכולי ואין ראיה מקידושי אשה לקנות קרקע וכולי וכ"כ הנ"י בשם הריטב"א ושכן נוטה דעת הר"ן עיין שם באורך וז"ל ר' האי בספר המקח שער ל"א תדע כל מי שגזל קרקע חבירו בלא דמים והעידו עליו שהוא אנוס או שנתן מן הדמים מה שרצה ולא לקחו בשווין אין צריכין להודיע את הדין בכך דאין לך בעולם ביטול מכירה יותר מזה אבל וכולי עיין שם הרי דמכר פחות משווין באונס לא גמר ומקנה ומ"ש מהריט"ץ שם אף על גב דאין זו שוה כמו החוב הרי כ' הריב"ש בתשו' דאפי' לא נתן כל דמי המקח אמרי' אגב זוזי גמר ומקנ' עיין שם לא דק דהריב"ש סי' קכ"ז כ' שהסכימו המפרשים דלא אמרי' תליוה וזבין הוי זביני זביני אלא כשנתנו לו דמי הקרקע אבל פחות משווין לא ע"ש וכבר כתבתי ל' רב האי דס"ל הכי וכן דעת רשב"ם והרשב"א והר"ן והריטב"א והנ"י וכן נר' מדברי הרמב"ם והסמ"ג וכן הסכימו האחרונים דאפילו בקרקע בעי' שיתן לו כל שווין וכ"ש במטלטלין וא"כ אם הנאה דערב לא שוה כמו החוב לא אמרינן דגמר ומשתעבד באונס אלא דנראה לכאורה דהנאה דערב שזה שהלוה לחבירו על אמונתו עדיפא דהא במדת אסמכת' לא קניא אפי' נתן לו כל שווין ואלו הערב אע"ג דהוי אסמכתא נשתעב' בההיא הנאה מיהו נראה דערבות לא הוי אסמכת' גמורה כמ"ש בעה"ת שער מ"ג סימן ג' בשם הרמב"ן והובא בב"י סימן ק"ג ע"ש ודברי הרמב"ן הם בהלכות נדרים שלו דכ"ז ולכך לאחר מתן מעות נשתעבד בקנין דכיון דלא הוי אסמכתא גמורה מהני קנין ע"ש הטעם ואם כן הכא נמי בשעת מתן מעות גמר ונשתעבד בלא קנין בההיא הנאה דהמניה מה"ט דלא הוי אסמכת' גמורה אבל באסמכת' גמורה לא קנה אפי' בהנאה גמור' ור"ס כן ח"ל דערב אפי' בשעת מתן מעות דנשתעבד בההיא הנאה שהלוה חבירו על אמונתו אע"ג דלא שוה הנאה כמו החוב גמר ונשתעבד אבל לענין מודעא כיון דגלה דעתו שלא ברצונו בעי' היכר אונס דהוי כמתנה :

ט"ז דין ד' לפי שאין אונאה לקרקעות וכולי כתב מהר"י ן' הרא"ש בתשובות סימן ע"ה דגם בקרקע אם יש אונאה עד פלגא הוי ביטול מקח בקרקעות לדברי התוס' וכן פסק א"א דאינו מכר ע"ש :

י"ז דין ן' אבל במתנה וכו' על א' שהיה חבוש בב"ה על חוב ונכנס אביו ערב ומסר מודעא שמחמת האונס שאמר בנו בפני אנשים שמפני הלער שילא מהדת וכולי רא"ל :

נראה דודאי המתחייב עצמו בדבר שאינו חייב דיט

כמתנה כמבו' בתשובות הרשב"א ח"ב סימן כ"ה וסימן ק"ה ופסקו מור"ס לקמן וכן כתב הרשב"ש בתשו' בסי' רמ"ז עיין שם ואם כן אפילו אינו אנוס מהניא מודעא בשקר כדין המתנה והרשב"ש בתשו' סי' קכ"ח שכ' בא' שהיה חולה ומכר קרקע אביו וקיימה אמו המכירה וז"ל ומה שטוענת שמחשש שמא תטרוף דעתו של בנה עשתה אינו כלום שאין זה אונס כלל ואפי' מסרה מודעא אינה מודעא שאם רחמה על בנה אינו אונס ומרחמנות' גמרה וסלקה או גמרה ומכרה ולא מצינו כה"ר אלא באשה לבעלה ולא בכל ענין אלא בקנה מן האיש ואח"ך קנה מן האשה וכו' עיין שם דבריו תמוהים דאע"ג דאם לא מסרה מודע' איכא למימר הכי דלא חשיב אונס דמרחמנות' על בנה גמרה ומכרה מ"מ אם מסרה מודעא אמאי אינה מודעא דבמתנה ומחילה אי ליכא אונס כלל כל שגלה דעתו שאינו נותן מדעתו סגי ולכאורה נראה דס"ל כדעת הפוסקים דה"ט דלא בעי' למידע אונסיה במתנה וגט דכיון שהוא מוסר מודעא אנן סהדי דקושט' קאמר שהוא אנוס אבל אם יתברר הדבר שלא היה אנוס אין המודעא כלום דכיון שלא נאנס כלל דאנן סהדי דגמר בלבו בשעת מעשה לעשותו גט גמור ומתנה גמורה כמבואר שכן דעת רשב"ם והנ"י בשם הרמב"ן עיין שם ואם כן ה"נ אפי' מסרה מודעא אנן סהדי דמרחמנותה על בנה גמרה בשעת מעשה וקיימה המכירה אבל למאי דקי"ל דבמתנה וגט דאפילו נתברר שלא היה באונס גילוי דעת שאינו נותן ברצון סגי הויא מודעא וכן ראיתי להרשב"ש עלמו סימן קט"ו דס"ל הכי ע"ש ומהרשד"ם ח"מ סימן פ"ח כ' אם באנו לפטור בטענת אונס נר' בעינן דאינה טענה דאין טענת אונס פוטר אלא באונס שעושין למתחייב עלמו אבל אונס דאחרים לא שהרי אפי' בגיטין כתב הרשב"א דאפילו אונס ולער שעושין לבן לא מקרי אונס לגבי דאב אע"ג דמרחם אב על בנו וכ"ש באונס אחרים וזה פשוט מבואר דס"ל דאפי' באונס בנו לא חשיב אונס וכן כתב הרב מטה יוסף ח"ב בתשובה אחרונה ונראה דאם לא נמסר מודעא לא חשיב אונס אבל אם מסר מודע' כנדון מהרשד"ם חשיב אונס שהרי כתב הרשב"א במיוחסות סימן רנ"ג וז"ל על א' שנשבע שלא ישא את אשתו שנדר זה בטל מעיקרו שאינו נדר כלל לפי שזה אנוס היה בעיקר הנדר לפי שהיתה אחותו חולה חולי כבד ונשבעה שלא תאכל עד שידור או יאסור ואין לך אונס גדול מזה להאחוה ואיני רואה שיסתפק אדם לומר שאין אונס אלא שמגיע לגופו או לממונו שנודר ממש שאין לך חביב על אדם כהצלת אחיו ואחותו ויקר כדיון נפשם בעיניו וכו' ואלו באנו עכשיו להסתפק דשמא מתחילתו מרולה היה בנדרו אלא שעכשיו מתחרט ומוליא עליה שאנוס היה זה אינו וכו' וגדולה מזו כי כבר מסר מודעא דגטא בפני עדים כשרים ואפי' לא הכירו באונסי במסירת מודעא דגטא ודמתנת' א"ן להכיר באונסו כדי שלא יהא פתחון פה וכו' עכ"ל וכתב מהר"י קולון סימן קכ"ז דסב"ל דבלא היה אונס אע"פ שמסר מודע' אינה כלום ולכך האריך להוכיח שזה אונס גמור הללת אחיו ואחותו עיין שם אלמא אע"ג דבלא מודעא אמרי' גמר והקנה עכשיו הוא מתחרט מ"מ במודעא מהניא דחשיב אונס גמור ועיין בתשו' הרשב"א ח"ד סי' ק"ח דמבואר דהוי אונס גדול הללת אחיו ואחותו ואם מסר מודעא ואמר שהוא אנוס באונס כו"ך ואח"ך נודע שאותו אונס לא היה ומשקר אפ"ה מתנתו בטלה עיין שם והריב"ש סימן שפ"ז כתב דאין לבטל השבועה בשביל אונס ממון

ואם

ואם יביא בעל דין מדתנן גדרי אונסין כיצד הדירו חבירו שיאכל אצלו וחלה הוא או שחלה בנו וכו' שהרי חלה בנו אונס ממון הוא שאם רצה ישכור לו משמשים ליתא דחולה בנו עדיף מאונס ממון וקרוב לסכנה הוא שהבן יצטער וכולי עיין שם הרי דסכנת בנו עדיף מסכנת ממון ואם כן כיון דאונס ממון מהני מודעא כ"ש דסכנת בנו והרשב"ש בתשובות סימן של"ה תפס תשובו' הרשב"א דאונס אביו או אחיו הוי אונס אפילו לא מסר מודעא עש"ב ועיין בתשו' מהרשד"ם חא"ה סימן ס"ג והמבי"ט ח"ב סימן קל"ח והרשב"ץ ח"א סימן א' ומובא בב"י אה"ע סימן קל"ד וז"ל יש אונס אחר ולא מצינו דומה לו בגמ' והוא שאנסוהו אחרי' כדין או שלא כדין בגוף או בממון ואומרי' בפי' שאונס זה לא יסלקוהו עד שיגרש פ' וכולי אומר אני שאין זה בכלל אונס אפילו הוציאו להריגה בנו שרחמיו עליו אם לא יגרש אשתו וגירשה להציל בנו כיון שלא מסר מודעא אין זה גט מעושה כלל שאין המעשוי אלא בגופו וכולי עיין שם הרי דס"ל דלא חשיב אונס אלא בגופו אבל בבנו אע"פ דרחמיו עליו מ"מ אם מסר מודעא לא הוי גט וה"ה למתנה :

ונראה דדמי למ"ש הטור בסימן רמ"ב וז"ל מתנה טמירת' לא חשיב' אפילו כמודע' לבטל מתנה גלויה שאחריה וכולי אא"כ איכא הוכחה בשנייה כההיא דאזל לקידושי איתתא אמרה ליה אי כתבת לי כל נכסך מקדשנא לך ואי לא לא מקדשנא לך וכולי כה"ג דאיכא הוכחה דאנוס היה במתנה שניה מהניא מתנה טמירתא שקדמה לבטלה אע"פ שאינה כלום מ"מ גילוי דעת הוא לבטל השניה כיון שידוע שהיה אנוס ואע"פ שהיה אנוס בשניה לא היתה מתבטלת אלא בשביל הראשונה שקדמה לה ופי' הר' יוסף הלוי דה"ט משום דאונסא דאתי מחמת נפשה וכולי וכ"ד הרמב"ם ומרן שם אלמ' אף ע"ג דלא חשיב אונס לבטל המתנה בלא מודעא מ"מ כשמסר מודעא אפילו מתנה טמירת' הויא מודעא וה"נ אונס בנו לא חשיב אונס בלא מודעא במתנה אבל כשמסר מודעא ואפילו מתנה טמירת' חשיב' מודע' לבטל המתנה וליכא למימר משום דהם ס"ל דבמתנה אפילו ליכא אונס כלל וכ"נ דעת רשב"ם בפ' חזק' שכתב שמעי' הכא דמתנה טמירתא לא הוי' מודע' לחברתה אלא היכא דאיכא אונס בבתרייתא אונס דמוכח אבל בלא אונס וכו' משמע דלא חשיב אונס גמור לבטל המתנה אלא במתנה טמירתא דהוי כמודע' א"כ אפי' לדעתו דה"ט דסגי במודע' דאנן סהדי שהוא אנוס אבל אם נתברר שאינו אנוס לא מהני מודע' מ"מ אם יש אונס קצת מהני מודע' וה"נ אונס בנו במתנה מהניא מודעא ואפי' מתנה טמירתא הויא כמודע' לבטלה ומהרב"א בתשו' סי' ע"ז חלק על הרשב"ץ וז"ל מסתברא דהוי עשוי גמור טפי מאונס ממון וכו' ולאו דוקא בנו דעדיפ' מגופיה אלא אפי' אביו או אחיו ויש לו ראיה נכונה לזה דגרסי' בפ' חזקת אמרי נהרדעי כל מודעא דלא כתב בה אנן ידעין באונס' דפלניא לאו מודעא היא ופריך מודעא דמאן אי דגטא ודמתנה גילוי מילת' בעלמה הוא שהוא אנוס וכולי ופי' הר"ש דבגטא ומתנה כיון שאינו מקבל ממון בגט או מתנה גילוי מילתא בעלמ' הוא שהו' אנוס וכו' וכ' הריב"ש בסי' קנ"ז דהאי פי' עיקר וכולי וגם הרשב"ץ כתב בתשו' פי' של הר"ש מעתה יש לי לדון אי אית' דאונס כגון בנו או אביו לא הוי אונס וכדברי הרשב"ץ ז"ל מאי פריך גילוי מילתא בעלמא הוא ודילמא קא אנסי ליה לבנו או לאבוי עד שיגרש או עד שיתן וכדי להצילו קא מגרש או נותן כעת ומוסר המודעא לכשיצילו יערער וזה אינו אונס והילכך בעי' שידעו העדים באונסו וכולי עיין שם ותמהני שהרי הרשב"ץ בתשו' דף ג' ע"א כתב וז"ל וכי תימא ה"מ דלא ידעי סהדי אי אנים אי לא אנים אבל אם ידעי דלא אנים והא דאמר אניסנא שקורי קא משקר לא תהוי מודעא ודאי כן היה נר' מדברי הרמב"ן בפרק חזקת ומדברי רשב"ם ז"ל אבל האחרונים כתבו אפי' אי טעין טענת אונס בשקרא הויא מודעיה מודע' בגטא וכלשון הזה כתב הרא"ש וכו' וכן כתב הרשב"א בחי' וכו' וכ"כ הרמב"ם וכולי וכן כתב מהר"י קורקוס וכו' וכ"מ בגמ' בפ' חזקת וכו' עיין שם הרי שתפס דבגט ובמתנה אפי' מודעא בשקרא מהני' ועיד שהרי כתב הרשב"ץ דף ב' ע"ג בתשו' שם ויש אונס אחר וכולי כגון שגזלה אשתו ממון ממנו ואינה רוצה להחזיר עד שיגרשנה וכולי זה הענין אני מסתפק בו אם הוא כפייה והוי גט מעושה אם לא וכו' אבל אונס ממון בגט אי מסר מודעא לית דין ולית דיין דודאי הויא מודעא אפי' בשקר' וכו' וכ"ש באונס ממון אבל אי לא מסר מודעא וידיעה מילת' דמחמת אותו עשוי וכו' וקרוב אני לומר דכיון שלא מסר מודע' לא הוי גט מעושה כלל ואגב אונסיה גמר ומגרש ואע"ג דאמרינן בפ' חזקת ההוא דאזל לקדושי אתתא וכו' משמע דבמתנה בגילוי מילתא בעלמא סגי ומתבטלת המתנה משום הוכחה לבד ואם כן כ"ש בגיטין באונס ממון דהוי' הוכחה לבטולי גטא לא מוכח' היא דהכא משום דמתנה טמירתא קדמה למתנת האשה הוא דסגי הוכחה והוי כמודעא וכו' דמתנה טמירת' היכא דמוכ' מילת' משום דאונס הוה הויא כמודעא אבל אי לאו מתנה טמירתא הויא מתנתו מתנה וה"ה באונס ממון בגט כל שלא מסר מודעא הוי גט וכו' וקצת הוכחה יש בזה מדאמרי' התם כל מודעא דלא כתי' בה ידענא ליה לאונסיה לאו מודעא היא ואקשינן דמאי אי דגטא ובמתנה גילוי מילתא סגי ולא אקשי' ובגטא נמי ל"ל מודעא כיון דאנים הרי גט מעושה וכו' אבל קושטא דמילתא היא דתליוה ויהיב לא הויא מתנה ואיכי צריך מודע' וכו' וההיא דמתנה טמירת' משום דלברורי דאנוס הוא אילטריכא' לה וכו' עכ"ל הרי (א"ה עכ"מ והדבר מובן) :

י"ח אבל במתנה או במחילה וכו' נסתפק מהריט"ץ סימן רע"ו בהקדש אי דמי למכר דגמר ומקדיש או דמי למתנה ונראה דדמי למתנה דכל נותן לחבירו כמי יתן לו חלופו ואפ"ה לא מהני כיון דהשתא לא יהיב ליה אף על גב די"ל דבהקדש תכף ומיד מובט' שסכרו אתו וכו' ע"ש ולית' דהא בפר' מי שמת מבע"ל בשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו מי אמרי' דלגבי הקדש גמר ומקני אלמא (א"ה עד כ"מ) :

י"ט דין ז' הגה בין אונס ממון וכולי מי שהיה לו פקדון ביד אחרים וכשתבעו היה מעכב הפקדון לא אתן לך עד שתפרע ללאה מה שאתה חייב לה וכולי וכן עשה ומסר מודעא וכולי אונס ממון הוי אונס ואין לך אונס גדול מזה שיכול לעשותו לעכב הממון בידו מיהו יש לו' דה"מ פקדון שלא בעדי' שהרי יכול לכפור בו או מלוה והוא אלם דלא ציית לדינא אבל מלוה בשטר וגברא דלא אלם לא הוי אונס דליתבעיה לדינ' ויוציא מעותיו ממנו וטעמא דמסתב' הו' הרדב"ז ח"ג סי' תפ"ה עיין שם :

ד' ונראה דלענין ממון יש טענת אונס כמו שכתב מרן בסימן כ"ה הרי שהתפיס שטרו או שיכרו בבית דין וקנו מידו שאם לא בא ביום פ' יתן זה

זה לבעל דינו והגיע היום ולא בא הרי אלו נותנים ואם עכבו נהר או חולי מלבא לא יתנו וכן כל כיוצא בזה והש"ך שם ובי"ד סימן רל"ב הוכיח דה"ה דאונס דשכיח ולא שכיח וכל שכן לא שכיח כלל אבל שכיח לא הוי אונ' והוה ליה להתנות וכולי וכן נראה מדברי הרשב"א ח"א סי' תשע"א עיין שם וכן כת' בתשו' ח"ג סי' רי"א וזה לשונו וטענת האונס הדין עמי לפי שהוא אונס גמור וכו' וא"ת שהיה לו להתנות מעיקר' כאם תסרב הבת שיהא פטור וכל שלא התנה גלי אדעתיה שקבל ע"ע אפי' אותו אונס כדאמרי' בשמעת' קמיית' דפ"ק דכתובות דלא היא דלא אמרו אלא באונס דשכיח כהפסקת נהר דעשוי לבא ולא פסיק את העוברים תדיר אבל אונס דלא שכיח או אפילו שכיח ולא שכיח כמיתה וחולי לית ליה להתנויי ויש טענה אונס וכו' וזה ודאי אונס דלא שכיח דכל הבנות מתרלות בנישואין שירצה האב וכו' עכ"ל הרי כל אונס דשכיח לא הוי כממון דהיה להתנות וכן כת' הר"ן בפ' מי שאחזו עיין שם והרשב"ץ ח"א סי' ל"ה כתב דבפ"ק דכתובות דדחי' ההיא דפסקי' מברא לאו משום דאין אונס בגיטין אלא משום דאונס דשכיח הוא הוה ליה להתנות היה אפשר לומר דלמסקנא דאין אונס בגיטין ה"נ לאו משום דהיה ליה להתנו' הוא אלא משום דאין אונס בגיטין ואם כן בעלמא אין חילוק בין אונס דשכיח לאונס דלא שכיח אלא בכל ענין פטור ע"ש וכבר נתבאר דהרשב"א והר"ן פשיטא להו דבאונס דשכיח היה ליה להתנות וכל שלא התנה סבר וקבל גם הרשב"ש סימן ס"ד כת' אף על גב דבפרק קמא דכתובות אוקמה משום דאין אונס בגיטין במס' נדרים לא אוקמוה כהאי גוונ' אלא דאפילו בממון סלקא ההיא אוקמתא אלמא כל שהוא אונס גלוי ומפורסם או שהוא מצוי צריך להתנות עליו אפילו בממון ובספרי עה"ש י"ד שם סקי"ד כתבתי על דברי הרשב"ץ שזה דעת מהרש"ך אבל מהר"א ששון סימן ס"ה הסכים דאונס דשכיח לא חשיב אונס כמו שכתב רבי' ירוחם וכן כת' הר' חקות הדיינים סימן ל"ח וזה לשונו תנאי שעש' חבירו ונאנס באונסו שהוא מצוי אינו אונס ותנאו קיים כילד כגון האומר לחבירו שדי נתונה אם לא באתי מכאן עד שנים עשר חדש ונאנס באונס שהוא מצוי ולא בא מתנתו קיימת משום דכיון שהוא אונס מצוי היה לו להתנות שאם יארע לו אותו אונס שלא יהיה מתנתו מתנה וכיון שלא התנה הוא הפסיד לעצמו ואם נאנס באונס שאינו מצוי ולא בא כיון שלא קיים תנאו מחמת שהיה אנוס אין מתנתו מתנה וכן אם אמר שדי נתונה לך אם באתי מכאן ועד יום פלו' ונאנס באונס שאינו מצוי או באונס שפעמי' מצוי ופעמי' אינו מצוי ונאנס ובא הרי הוא כאלו לא בא כיון שלא מדעתו (א"ה ע"כ מצאתי והדבר מובן) (ואחר כך מצאתי בקונטרים אחר לשון זה המתחיל ומ"מ ולא ידעתי תנא היכא קאי ואפשר דשייך לסעיף הנזכר המתחיל ונראה דלענין ממון וכו') :

ומ"מ בנדון דידן אפילו הוא אונס מצוי כבר כתב הר' פני משה ח"א סימן ס"ב דכיון דאיכא אומדנ' דמוכח' דאדעת' דהכי דהפסד לא נתחייב אפילו הדבר מצוי והיה לו להתנות לא הפסיד דינו כמו שכתב מהריב"ל בתשו' ח"ג סימן כ"ב על ראובן שהקדיש חפצי שמים לקהלה אשר היה שם מתפלל ואחר כך גירשוהו ורצה להוציא החפצים שהקדיש להביאם עמו אל הקהל אשר רוצה להתפלל שם שהדין עם ראובן והביא תשו' הרא"ש שכן כת' על נדון כזה וכ' וז"ל ואם לחשך אדם לומר דקשה להרא"ש קו' חזקה דאגרי' בפרק קמא דכתובות בההיא דאמר אי לא אתינ' עד שלשים יום ליהוי גיטא אתא לסוף ל' יום ופסקי מברא ואמר שמואל לא שמיה מתיא דאונס דשכיח הו ואבעי ליה לאתנויי וכו' לאו מילת' היא דשאני התם דליכא אומדנא ועיקר תליא באומדנא אמרי' דעתיה נתכוון ולא אצטריך לאתנויי ולא אמרי' דאיהו דאפסיד אנפשיה דס"ד דכ"ע נתכוון שילך לפניו לדקו אל המקום אשר הוא חפץ ללכת ול"ק להרא"ש ול"מ עד כאן לשונו הרי שכת' מהריב"ל דהכל תלוי באומדנא דאם האומדנא מוכחא דלא נתכוון לדבר ההוא שימשך לו נזק ואלי נזק אף שהדבר ההוא שכיח ולא אתני עליו פטור וכן כ' מהרב"ך ח"ב סימן מ"ה והוכיח כן מתשו' הרא"ש שכת' על א' שנשבע ליתן לבתו ה' אלפים זהובי' ונתקלקלו חובותיו וכולי דאדעתא דהכי לא נשבע וכו' והא עניות שכיח טובא ולא אתני ואפילו הכי פטרו מטעם אומדנא דאדעתא דהכי לא נשבע עיין שם באורך וכן הסכים ה' עדות ביעקב סימן כ"ט עיין שם וה' פני משה שם הק' מתשו' מהריב"ל ח"ב סימן כ"ב על אשה שנסתמה פתחה ולא יכול בעלה לשמש עמה שפסק שם דיכול לישא אשה אחרת דאדעתא דהכי לא נשבע והולך לחלק מהא דנשב' שלא ישא אחרת דלא משתמיט שום פוסק לומר דהיכא שאין לו בנים ממנה שיוכל לישא אשה אחרת עליה ואל' דההיא דלא ילדה הוי מילתא דשכיחא שיש כמה נשים שאין יולדות והוה ליה לאתנויי וכיון דלא אתני איהו דאפסיד אנפשיה וכו' אבל בההיא דנסתמה פתחה דהוי מילת' דלא שכיחא לא אסיק אדעתיה אונסא כי האי וכו' עד כאן והשתא כפי מ"ש בח"ג דהכל תלוי באומדנא ואפי' באונס' דשכיח ולא אתני לית לן בה אם כן דההי' דנסתמ' פתח' דודאי איכא אומדנא דמוכחא וניכרת לכל שאין אדם סובל להיות יושב ובטל שלא יהא פתח אהלו מכוון אפי' כימא דסתימות הפתח שכיחה הוא אין בכך כלום כיון שהאומדנא מחייבת דלאו אדעתא דהכי נשבע וכו' ועוד גם בלא ילד' נמי אפילו דמילתא דשכיחא היא כדכתב הרב אכתי מה בכך דהתם נמי איכא אומדנא דמוכח דכ"ע בעו לקיים מצות פריה ורביה גם רוצים חוטרא לידה ומרה לקבורה ומי הוא אשר יכול להכחיש המוחש דודאי אומדנא גדולה היא וכיון שכן אפילו לא התנה עליה יוכל לישא אשה עלי' דודאי אדעתא שלא תלד לא נשבע ונרא"ל לתרץ דלעולם בתר אומדנא אזלי' דבהך ח"ב אף על גב דהאומדנ' גדול' מכל מקום כיון דהך שבועה דשלא לישא עליה לא שבו' חליטתא היא אלא רווחא שבא דברשות ב"ד יכול ליש' עלי' שכך היתה נוסחת שבועתו שלא לישא עליה בלא רשות בית דין וגם כן אם לא ילדה כגון דשהתה עשר שנים או כההיא דנסתם פתחה דב"ד יתנו לו רשות דמצוה עבדי וכל משאו ומתנו של הרב שם הוא אם יכול לישא עליה בלא רשות ב"ד וכיון שכן ליכא אומדנא דמוכחא דכיון דלא תלד מילתא דשכיחא ולא אתני אפשר כיון דידע דאם לא תלד ב"ד יתנו לו רשות לכך נשבע שאף אם לא תלד שלא יהא רשאי לישא עליה עד שיתנו לו ב"ד רשות דלית ליה פסידא להמתין עד שיתנו לו רשות ב"ד כיון דידע שהב"ד יתנו לו רשות אבל בההיא דנסתם פתחה דהוי מילתא דלא שכיחא אמרי' אפשר אי הוה ס"ד לא היה נשבע כל עיקר וכו' ובהכי נתרלו שפיר דברי מהריב"ל דתשו' הנז' ע"ש ואין נראה מדברי מהריב"ל בתשו' שכ' וז"ל דהא חזי' במי שנשבע שלא לישא אחר' עליה בחייה דלא אשתמיט שום פוסק דלימא היכא שאין לו בני' ממנ' שיוכל לומר דאדעת' דהכי לא נשבעתי אלא אדרב' שמחוייב לקיים שבועתו אף שנשבע לבטל את המצוה דמגו וכולי

משמע

מסמע בהדיא דאפילו לא תלה שבועתו ברשות בית דין אלא נשבע סתם שלא ישא אשה עליה בחייה חייב לקיי' שבועתו אף לא ילדה לו לא אמרי' אדעתא דהכי לא נשבעתי וכן כת' הרשב"ץ בתשוב' ח"א סימן ל"ד בנשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה וכו' דאם נשבע לה בשעת הנישואין שלא ישא אחרת אלא ברצונה חלה השבועה בכולל שבין יש לו בנים בין אין לו בנים על הכל נשבע שלא ישא אחרת אלא ברצונה וכו' ובסי' ל"ה כת' דאשה דלא ילדה מילתא דלא שכיחא ולא סלקא דעתיה להתנות ועוד במקום מצוה אפשר לומר דלא התנה לבט' המצוה ושוב ראיתי בתשו' מהר"י ן' מיגש סי' קכ"ט וזה לשונו אמנם האשה שכתב לה בעלה על מנת שכל עת שישא אחרת עליה שהוא חייב לפרוע לה כתובתה ואחר כך נשתנה וסתה בלד שהיתה אסורה לשמש אינו מתחיי' מתנאי זה כלום לפי שלא כתב לה זה דאנן סהדי דלא אסיק אדעתיה שיארע לו מקרה זה המונע מתשמיש שיאחר מעוכב מתשמיש המטה ומתשמיש הבית כפי הנהוג במקומו' הללו שנאמר בכל כיולא בו אטו בשופטני עסיקינן ועוד שהענין הנישואין שכ' לה הוא שלא יקח עליה הצר' וענין הצר' הוא שלא תשתתף עמה בבעל כמ"ש אם תענה את בנותי וכו' וכשהיתה נטולה מן היהודים בענין זה מכל וכל כבר נתבטל ענין היות לה צרה ואין זה נכנס תחת התנאי שהתנה לה וכו' ודבר זה נדון אותו באומדן דדעת שיכול לומר לה אני לא נתחייבתי בזה אלא כשהרלה להגם' בעו' שאת ראויה לשמש אבל כשתהיה בלתי ראויה לתשמיש ואני עומד בעמוד והוליא לא התניתי לך ובכל כי ה"ג אמרי' כי אתני לה אדעת' למיקם קמיה וכולי עכ"ל הרי דכל שאינה ראויה כגון שנשתנה וסתה שאסורה לשמש יכול לישא אשה עליה וזה כנדון מהריב"ל דאשה שנשתמ' פתא' ואינו יכול בעלה לשמש עמה דיכול לישא אשה עליה אף על גב דלא התנה מהאי טעמא דאנן סהדי דלא אסיק אדעתיה שיארע לה דבר המונע אותו מתשמיש ועוד דהתנאי הוא שלא יקח צרה דהיינו שלא תשתתף עמה בבעלה אמרי' דאדעת' דהכי לא נשבע דאנן סהדי דלא אסיק אדעתיה הא נשמע דאם היה דבר מצוי אמרי' כיון דס"ד הוה לי' להתנות וכל שלא התנה אפסיד אנפשיה :

כ"א דין י"ב אבל באונס דאתי ליה מנפשיה וכו' נראה דאפילו במתנה ומחילה אונס דנפשיה לא חשיב אונס שהרי כתב הטור בסימן רמ"ב בההוא דאזלי לקידושי אתתא וכו' ואף ע"פ שהיה אנוס בשנייה לא היתה מתבטלת אלא בשביל הראשונה שקדמה לה ופי' הר' יוסף הלוי דה"ע משו' דאונסא דאתי מחמ' נפשיה וכו' אבל אונסא דאתי מחמת אחרים אפילו בלא מודעא לא הוי מתנה אבל ר"ת פי' הא דלא קנתה האשה לא משום מתנה קמייתא דלא חשיב כלל כיון דטמירתא הוית אלא משום דמוכחא מילתא דאנוס היה אפילו בלא מודע' לא קני עיין שם והרמב"ם והסמ"ג ומרן סי' רמ"ב כ' כמהר"י ן' מיגש דלא מתנה מתנת האשה אלא משו' מתנה טמירתא של הבן שקדמה לה עיין שם וכן כתב הריב"ש סי' רל"ב וז"ל אף אם נאמר שאין מסירת מודעא מועלת אלא ע"י אונס אפ"ה קלת אונס מועיל להחשיב מודעא אף על פי שאינו אונס גמור מלד עצמו וראיה לזה מדאמרי' בפ' חזקת גבי מתנתא טמירתא וכו' והדבר מבואר שאונס זה לאו אונס גמור הוא שאם ירצה לא ישאנה ולא יתן לה נכסיו ואם לא היתה מתנת הבן שקדמה לא היתה מתנת האשה מתנה גמורה ואעפ"כ מבטל אותה מתנת הבן הקדומה והו"ל מודעא מחמת אונס גרוע כזה אע"ג דבעלמא בלא אונס כלל אמרינן דלא הוי מודעא לחברת' וכולי ע"ש אם כן אפילו במתנה אונס דנפשיה לא הוי אונס גמור מלד עצמו אלא דמתנה טמירת' הקדומה הוי מודעא לבטל המתנה משא"כ במכר וה' שער המלך פי"א מהלכות מכירה הכריח מדב' רשב"ם דטעם דלא בעי' בגט ומתנה דידעו העדים באונסו דכיון שאינו מקבל ממון במתנה זו א"א דנתן מדעתו למה מסר מודע' ואם לא ניחא ליה ל"ל ליתן אלא ודאי נאנס וכו' וא"א במתנה נמי בעי' אונס גמור אבל אונס דנפשיה לא חשיב אונס אפילו מסר מודעא אם כן למה א"ן לפרש הכתי ניחוש שמא מחמת אונס דנפשיה וכיולא הוא נותן מתנה זו דלא חשיב אונס כלל אלא ודאי אפילו אונס דנפשיה מהני כי איכא מודעא ותמה על הריב"ש ע"ש ומ"מ נר' דאפילו במתנה דאונס דנפשיה לא חשיב אונס מלד עצמו דמתנ' טמירתא שקדמה לא הוי מודעא למתנה משא"כ במכר וגם ר"ת שכ' הטור סימן רמ"ב הא דלא קנתה האשה לא משום מתנה טמירתא שקדמה דלא חשיב כלל אלא דמשום דמוכחא מילתא דאנוס היה ואפילו בלא מודעא לא קנתה עיין שם אפשר דס"ל כמ"ש מהרא"ח סימן ס"ג דבהך מתנה מוכחא מילתא דמחמת אונס עביד אף על גב דהוה אונס דנפשיה דלא הוי אונס בעלמא היכא דמוכחא מילתא דמחמת ההוא אונס עביד הוי אונס וכן כתב הרב תורת חסד סימן רי"ע והתם הוי אונס גמור אחר דילרו לבשו בחשק אותה אשה ומים רבים לא יוכלו לכבות את האהבה וכולי עיין שם אם כן בעלמ' אונס דנפשיה לא חשיב אונס ולר"ת אפילו קדמה לה מתנת' דטמירת' אינה כלום אבל לרוב הפוסקים מתנתא טמירת' הוי מודעא לאונס דנפשיה :

כ"ב הג"ה אבל אנסוהו לקנות אינו קנין וכו' כ"כ בעל העיטור הביאו מרן הב"י עיין שם אבל הרשב"א בחי' ריש קידושין כ' והאיש באנסוהו לקדש כתב הרמב"ם קידושיו קידושין והרב בעל העיטור כתב שאין קידושיו קידושין דתליוה וזבין אמרו תליוה וקני לא אמרו ונראה' דברי הרמב"ם דאי אגב אונסיה גמר וזבין כל שכן דגמר וקני עכ"ל וכן כתב המ"מ בפ"ד מהלכו' אישות עיין שם וכבר תמה הרב חלקת מחוקק וה' בית שמואל בא"ה סימן מ"ב עיין שם בארוך וכו' שזה תלוי במחלוקת דלדעת הרמב"ם והרשב"א אם אנסוהו לקדש או לקנות אמרינן גמר ומקדש וקונה אבל לדעת בעל העיטור והרי"ף דאיש שנאנס לקדש או לקנות אינו כלו' וכן כתב הרמ"ה בפ' ח"ה בסימן קפ"ו ע"ש והרשב"ש בסימן של"ט דחה דברי המ"מ דאע"ג דמכר בע"כ הוי מכר כי מקבל זוזי קנה בע"כ לא גלה על הדעת שיהא קונה בע"כ וכן כתב בעל העיטור באות מודעא וכולי ואף להרשב"א שהכריע כדברי הרמב"ם אפשר דבאומר רוצה אני הוא ומ"ד דלא הוו קידושין אף באומר רוצה אני כנ"ל והאמ' יורה דרכו עכ"ל ומ"מ נראה דלפי מה שפסק מרן בא"ה דהוי ס' מקודש' ה"נ אונס בקנייה הוי ספק ואוקי קרקע בחזקת מריה :

סימן ר"ו

א' דין א' הרי היא מכורה לך וכולי המבי"ט ח"ב סי' כ"ו דקדק מדברי הטור דאפי' אמר אמכרנו לך ולא אמר הרי היא מכורה קנה וכן כתב מהרא"ש סי' קל"ג ומלאתי בתשו' כ"י להב"י דכ' דאע"ג דל' הגמ' מוכח כדברי הטור לענין הלכה נקטי' כהרמב"ם הכנה"ג

הכנה"ג עיין שם ותשו' מרן בס' אבקת רוכל סי' קכ"ג וכתב שם דנ"ל כן דברי הטור ואי לאו הכי וכו' משום דהוי קנין דברים עיין שם וכן כתב הריטב' בחי' וז"ל פירש"י וקנו מידו וכן בדין דאי לא במאי קני ולא שיקנו מידו שימכור באותה שעה דהא הוה קנין דברים וכולי אלא שקנו מידו שהוא מוכרה לו מעתה וא"ת והא אסמכת' היא י"ל בדא"ל מעכשיו וא"כ דליכא אסמכת' אלא באו' אם לא עשיתי וכולי עיין שם משמע דגם דעת רש"י דאפילו ליכא אסמכת' לא מהני שימכור באותה שעה דהוי קנין דברים ומרן הב"י כ' לכאורה נראה דטעמא דבעי' למימר מעכשיו משום דאי לא אמר הכי הוי כמו קנין דברים אח"ך מצאתי בבעל העיטו' כתב רבותא דוקא פסק וקנו מניה בלשון מעכשיו הא לא"ה לא דקי"ל אסמכתא לא קניא וכו' עיין שם וכן כתב ר' האי בס' המקח שער ל"ז וז"ל תדע שזה התנאי הוא מאותם הנקראי' אסמכתא וכו' וכבר פי' בשער האסמכתא שלא תתקיים תנאי אסמכתא אלא כגון שפי' בו מעכשיו וכמו כן צריך להתנות בזה התנאי ושיאמר המוכר ללוקח הקניתיך מעכשיו שדה פ' בדמים כו"ך אם ארצה למוכרה ויקנו ממנו בכך והתם הוי תנאו קיים דהיכא דקצץ לו דמים כה"ג עכ"ל הרי שכתב דהקניתיך מעכשיו משום דבלא"ה הוי אסמכתא ומ"ש בעל העיטור ודוק' דקיימה בידא דלוקח וכולי ז"ל רב האי שם והוי אותו שדה ביד המוכר וכו' ותדע שאם התנה התנאי ולא פסק לו דמים ידועים הרי זה אותו תנאי בטל ואע"פ שהיה השדה ביד המוכר שהתנה לו את התנאי או א"כ שפסק לו את הדמים ולא הוי הקרקע ביד המוכר שהתנה לו את התנאי הרי הוא אותו תנאי בטל ויש לו לבעל השדה למכור אותה לכל מי שירצה ומי שלקח' ממנו הרי מקחו קיים כדגרסי' בפ' המוכר וכו' אתחזי לן מהכא מאחר שהשיבו על זאת השאלה הא דמשך חמוריו ופועליו דכל תנאי שאדם מתנה כה"ג צריך שיהא שם פיסוק דמים ושיהא החפץ ביד המוכר דהא לא קבל ממנו אותה תשובה דיין נסך שהוא פסק דמים בלבד שהרי השיבו לו דילמא חומרא דיי"ן שאני משו"ה מועיל הפיסוק לבדו נמצא דכל תנאי לבדו על זה ענין אינו מועיל עד שיהא שם פיסוק דמים ויהא הקרקע ברשות מוכר עכ"ל ודבריו תמוהים דהא דדחי' חומרא דיי"ן היינו דלא פסק קנה והתם משום חומרא דיין נסך הוא דאמרי' דלא קנה אבל בפסק דאמרי' גבי יי"כ דקנה ודמיו מותרי' אפילו ביי"כ אזלי' לקולא הול"ל דכ"ש דקנה בעלמא וכ' מהרא"ד"כ בס' לחם רב בסי' קמ"ז דהרשב"א יחיד הוא ומדברי הרי"ף והרמב"ם והטור שכת' סתם משמע אפי' לא החזיק הלוקח סגי בקנין ומעכשיו וגם הרשב"א אפשר דמודה בלשון חיוב עש"ב איברא דרבינו האי הכי ס"ל כמש"ל וגם בעל העיטור הכי ס"ל :

סימן ר"ז

א' דין א' וכבר נתבארו משפטי התנאים וכולי ה' משפטי לדק ח"א סי' כ"ח הק' על הטור דס"ל דבעי' תנאי כפול בין בממון בין באיסור איך כ' וצריך לחלק בין התנה המוכר להתנה הלוקח אפי' התנה הלוקח לא הוי תנאי מאחר שלא כפל וכן תמה על הרא"ש שכתב הך עובדא דשכ"מ דאגגיד וכולי בפ' אז"נ ע"ש ה' כנה"ג אות כ"ח הגה"ט כתב דלק"מ דה"ד כי ליכא אומדנא וגילוי דעת אבל כל דאיכא אומדנא וגילוי דעת לא בעינן תנאי כפול וס"ל להרא"ש דגילוי דעת או אומדנא מהני אפילו בגיטין וקידושין ולכך הביא הנך עובדי דאם אמר המוכר ללוקח וכן בגט אם אמר קודם שנתרצה אפילו לא כפל תנאו הוי תנאי גמור משום דאיכא גילוי דעת אבל הטור ס"ל דגילוי דעת דוקא בממון מהני ולא באיסור עש"ב וליתא דבפ' מי שאחזו גבי התקין שמואל בגטא דשכ"מ וכולי כתב הרא"ש וז"ל מכאן משמע דהלכה כר"מ דבעי' תנאי כפול וכו' והא דאמרי' בפ' אז"נ אי קיימת בידך אנן ואמרינן פטומי מילי נינהו לר"מ לא איצטריך דבעי' תנאי כפול אלא אשמעי' אפילו לרבנן לא מהני מיהו יש דברים דלא בעי' אלא גילוי דעת וכו' עיין שם הרי שכתב דלר"מ דבעי' תנאי כפול לא צריך בפ' אז"נ לטעמא דפטומי מילי וא"ל דאחר שכ' מיהו יש דברים וכולי רוצה לומר דה"נ אפילו לר"מ דבעי' תנאי כפול צריך לטעמא דפטומי מילי נינהו דאל"ה סגי בגילוי דעת דמלבד דל' הרא"ש לא משמע כן ליתא דגבי אתקין שמואל בגיטא דשכ"מ וכולי מוכח דבעי' תנאי כפול וכל משפטי התנאים ולא מהני גילוי דעת עכ"ל משום דלא מהני גילוי דעת אלא כההוא דזבין אדעתא למיסק לא"י דאיכא נמי אומדנא דאין אדם מוכר קרקעותיו וכן כתב הרז"ה בפ"ב דבילה שיש מן האחרונים באמרו דלא בעי' משפטי התנאים בממון אלא באיסור שהרי הולכין בממון אחר אומדנא דדעת וכולי עיין שם אלמא דוקא בממון אזלי' בתר אומדנא ולא באיסור ואם כן גם למסקנת הרז"ה והרא"ש דבעי' תנאי כפול אלא דגילוי דעת מהני כתנאי ה"ד בממון ולא באיסור ומדברי התוס' בפ' הא"מ גבי ההוא דזבין נכסיה אדעת' למיסק לא"י משמע דלא מהני התם גילוי דעת אלא משום דאיכא נמי אומדנא דאנן סהדי דלא זבין אלא אדעתא דהכי וה"ט שאין דרך אדם למכור קרקעותיו אלא מפני שדעתו לעקור דירתו מכאן אבל במוכר מטלטלים לא מהני גילוי דעת אלא בעי' תנאי גמור משום דליכא אומדנא כמ"ש הרא"ש שם ואם כן דוקא בממון שהולכין אחר אומדנא דדעת מהני גילוי דעת עם האומדנא אבל באיסור לא מהני גילוי דעת בגט דש"מ והרמב"ן במלחמות פ"ב דבילה כ' דבש"מ לא בעי' משפטי התנאים שלא תטרף דעתו עליו עיין שם וכבר תמה עליו ה' קהלת יעקב מההיא דאתקין שמואל בגיטא בשכ"מ וכולי דמוכח דאפילו בשכ"מ בעי משפטי התנאים עיין שם :

ב' ובבר נתבארו משפטי התנאים בא"ה סימן ל"ח דבעי' תנאי כפול והן שלו קודם ללאו והתנאי קודם למעשה והתנאי שאפשר לקיימו עיין שם וכ' הראב"ד בס' תמים דעים סימן ה"ד כשנעשה המעשה מיד דאין התנאי מבטל המעשה אבל דבר שלא נקנה מעכשיו כגון שאמר תנו מאתים זוז לפ' אם יקח בתי התנאי קיים וקלסו הרמב"ן במלחמות פ"ב דבילה ע"ש והרשב"ן ח"א ס"סי ל"ה נדחק בדברי הרי"ף שלא פיר' משום דהו"ל מעשה קודם לתנאי אפשר דס"ל כהרמב"ם דה"ד עשה המעשה קודם התנאי אבל לשיטתו בין התנה קודם שאמר למעשה בין שאמר המעשה קודם שהתנה הו"ל תנאי קודם למעשה וסיים הרשב"ן בס וז"ל הילכך מה שילא לך מסברתך זו שאם אמר הבו ד' מאה זוזי אי נסיב ברתאי נתקיים התנאי אינו כן שכיון שהמעשה הוא תחילה והתנאי לבסוף נתבטל התנאי ונתקיים המעשה ואלו דברים פשוטים בדברי המפרשי' עכ"ל ותמהני עליו שלא זכר מ"ש הראב"ד דלא בעינן דיני התנאי אלא כשהמעשה נעשה מיד דאין התנאי מבטל המעשה אבל זה שאמר תנו לפ' מאתים זוז אם יקח בתי התנאי קיים וקלסו

וקלכו הרמב"ן ז"ל וכבר כתב הרשב"ץ ח"ג סי' קס"א שהראב"ד קיים דברי הרי"ף עיין שם וכן ראיתי בשיטת קידושין בפ' האומ' שכתב דדוקא כגון בני גד שהחזיקו בארץ גלעד דלא אתי תנאי ועקר לחזקה אם אין התנאי כתנאי בני גד ובני ראובן אבל המקנה לחבירו שדה בכסף או בשטר ובחזקה וא"ל שדה זו קנוייה לך לאחר ל' יום אע"ג דלא כפל לתנאי הוי תנאי כיון שלא ירד עדיין בקרקע וראייה מהא דאמרינן במסכת יום טוב וכו' עי' שם הרי דסביר"ל דדוקא כשעשה מיד בעי' תנאי גמור לבטל דומיא דבני גד ובני ראובן שהחזיקו כבר אבל אם לא יקנה לו מיד אלא לאחר ל' יום אם יקיים תנאו בתוך ל' יום התנאי קיים וזה כדעת רוב הפוסקי' דלא שייך אסמכת' אלא במתנה על עלמו כגון אם באתי וכו' שסומך על עלמו שמקיים תנאו אבל האומר אם תעשה כך וכולי שתולה התנאי בחבירו אינו אסמכתא אלא זה תנאי בני גד אם לא יעברו וכולי אבל מהר"י ן' מיגש והרמב"ם ס"ל דגם בתולה תנאי בחבירו הוי אסמכתא כמבואר בב"י סי' זה עמ"ב ואם כן אם הקנה לו לאחר ל' יום אם תתן מאתים זוז הוי אסמכתא ואפילו יקיים התנאי לא קנה אא"כ הקנה לו מעכשיו דלא הוי אסמכתא ונראה דמקנה מעכשיו אין בה אסמכת' שאלו לא גמר להקנות לא הקנהו מעכשיו כדלקמן סי"ב ה"נ במתנה מעכשיו בתנאי אמרי' דגמר והקנה דאם לא גמר להקנו' אלא בקיום התנאי לא היה מקנהו מעכשיו לכך בעי' תנאי גמור לבטל המעשה ונראה דכ"ש לדבר דאפילו אסמכת' קניא שכ' המרדכי בפ' שור שנגח בשם ר"ת דאסמכתא לא קניא בקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט היינו במסירה המועלת בהדיוט וכן דברי שכ"מ שכתובי' וכמסורי' דמו פי' כמסי' המועלת בכ"מ באיזה לד שמועיל והביאו מרן הב"י בסי' זה מחו' מ"א עיין שם וכן כתב מהר"י ן' מיגש בתשו' סימן ק"ג עיין שם וכן פסק מרן בי"ד סימן רכ"ח נדר לצדקה באסמכתא כגון אם אעשה דבר פ' אתן כו"ך לצדקה ועשאהו חייב ליתן עיין שם ונראה דאם אמר אתן כו"ך לצדקה אם אעשה דבר פ' אפילו לא קיים התנאי חייב ליתן לצדקה מבום דאמר המעשה קודם לתנאי אע"ג דבסי' ל"ח קי"ל דבעי' מעשה ממש אבל אם הקדים המעשה באמירה התנאי קיים גבי הקדש כיון דאמירתו לגבוה כמסירתו גמורה דמי הוי כמעשה ממש ואם הקדים המעשה לתנאי המעשה קיים והתנאי בטל אבל אם אמר אם אעשה דבר פ' ותנו כך לצדקה אפילו לא כפל תנאו כיון דלא חל ההקדש מיד התנאי קיים דלא בעי' תנאי גמור אלא כשעושה המעשה מיד וכן לענין שבועות ונדרים :

ב' אחד שנתן מתנה ואמר לעדים איני רוצה ליתן אלא על תנאי זה והעדי' כתבו שטר המתנה והתנאי שלא כתקנו הרדב"ז בתשו' חלק שני סי' תקע"ג כ' בגיטין כה"ג הוי תנאי גמור כיון שהוא א"ל בהדיא שאינו רוצה לגרש אלא על תנאי זה וסמך על מסדר הגט אלא שהם טעו וכל שכן בממון דגילוי דעת מהני ע"ש באורך וכ"כ הרא"ש בתשו' הביאה מהריב"ל ח"א סימן כ"ה ומהרח"ש חא"ה סי' כ"ז נמשך אחריו ותי' מה שהק' מהריב"ל עיין שם באורך :

ג' שטר מתנה בפנינו אנו עדים ח"מ נתן ראובן ה' אלפים ביד בנו מתנה גמורה מתנת פרהסי' וכולי והיה תנאי ביניהם אם לא יחזור אחיו התכשיטין שלקח מאביו לתוך השותפות המתנה קיימת ואם יחזיר תהיה המתנה בטלה וכולי :

נראה כיון שהקדים המעשה לתנאי שנתן בידו המעו' בעין מתנה גמורה וכו' אין התנאי מבטל המעשה לכ"ע כמו שפסק הרמב"ם בפרק ו' מהלכות אישות וז"ל אבל אם א"ל הרי את מקודשת לי בדינר זה ונתן דינר לידה והשלים ואמ' אם תתן לי מאתים זוז תהיה מקוד' ואם לא הבן לי לא תהיה מקודשת הרי התנאי בטל מפני שהקדים המעשה ונתן בידה ואחר כך התנה ואף על פי שהכל היה בתכ"ד וכו' משמע בהדיא דאפי' הקדי' התנאי למעשה באמירה התנאי בטל כיון שהקדים המעשה בפועל וה"ה בממון דבעי' משפטי התנאים אפילו התנה בתכ"ד אם לא יחזיר וכו' ובאמירה הקדים התנאי למעשה כיון שכבר נתן לה מתנ' גמור' וכו' וזכה באמירה אין התנאי מבטל המעשה וא"ל דיש חי' בין קידושין לממון דבכל התורה קי"ל דתכ"ד כדבור דמי וא"כ בממון שיכול לחזור בתכ"ד התנאי מבטל המעשה וכן ראיתי להרשב"ש בתשו' סימן ר"ח שכתב וזה לשונו אבל אם אחר שנתן הגט בידה התנה עליה הדבר פשוט שאין התנאי כלום וכולי ואפילו היה התנאי בתכ"ד אינו כלום דבפ' י"כ אמרו דבכל מילי תכ"ד מהני חוץ מקדושין וגירושין ובסוף נדרים אמרו חוץ ממקדש ומגרש וכו' עיין שם משמע דוקא בגיטין וקידושין דתכ"ד לא מהני אבל בממון דקי"ל תכ"ד כדבור דמי אפי' הקדים המעשה אם התנה תכ"ד התנאי קיים אבל הא ליתא לא אמר אלא מש' דהמעשה קדם לתנאי משמע דאי לא גמרי' מתנאי בני גד ובני ראובן הוא דהתנאי קיים דיכול לחזור כיון שהתנה גמר הדבר ולאו חזרה היא ואם כן ה"ה בממון וכבר הוכיח ה' ארעא דישראל מערכת מ' אות מ"ט דאין מי שחולק בהקדים המעשה בפועל דהתנאי בטל והמעשה קיים אלא דהחולקים ס"ל דאפילו לא הקדים המעשה בפועל אלא באמירה דתנאי בטל עיין שם באורך וכן כתב הט"ז בא"ה סימן ל"ח דהנותן מתנה לחבירו ואח"ך התנה אפי' תכ"ד אין התנאי כלום והוסיף עוד שם בלא תנאי נמי אינו יכול לחזור וראיה מדאמרי' בפ"ק דב"מ גבי היה רוכב ע"ג בהמה וכו' וקתני סיפא משנתנה לו אמר אני זכיתי בה תחלה אמר כלום התלה בסיפא ל"ל פשיטא וכו' ופרש"י פשיטא דתחלה קאמר דמי מ"ל אני זוכה בה עכשיו והלא אין בידו עכ"ל וא"ת דתכ"ד מהניא אפי' אחר הנתינה לא מק' כלום דהו"א שרולה לזכות אחר הנתינה תכ"ד לכך הוכרח לומר זכיתי בה תחלה אלא ודאי דזה פשוט דלא מהני' תכ"ד כיון דכבר מסרה בידו וזו ראיה שאין עליה תשובה ע"ש וליתא שהרי בב"י בח"מ סי' קל"ה מבואר שדעת כל הפוסקים דאפי' במשיכה ובמסירה יכול לחזור בו ודוקא לאחר תכ"ד אינו יכול לחזור בו ושם הביא הג"מי וז"ל כ' עוד בשאר הקנייני' בתכ"ד יכול לחזור בו מדאמרינן בי"כ דתכ"ד כדבור דמי בר ממקדש ומגרש משמע דוקא וכו' אבל בתנאי ממון תכ"ד כדבור דמי ויש לבע"ד לחלוק ולומר דמשיכה במטלטלין וחזקה בקרקעות אפי' תכ"ד אינו יכול לחזור בו ומקדש ומגרש אילטריכא ליה דאף על גב דבהקנאות ממון וכיולא בו וכגון בשטר וכסף יכול לחזור תכ"ד עכ"ל ולענין הלכה דברי בע"ד החולק בטלים נגד הנך רבוותא ע"ש הרי דאפילו משך במטלטלי' יכול לחזור תכ"ד וכן כתב הרמ"ה בפי"ב סי' ע"ל עיין שם וראיית הט"ז אינה ראייה דהתם כיון שלא זכה בו בתחלה ונתנו לחבירו וזכה בו חבירו מיד פשיט' דאפילו תכ"ד לא מהניא חזרתו אבל בדבר שהוא כבר שלו ונתנו לחבירו יכול לחזור תכ"ד ועי' בס' א"ז דמליע' שכת' בשם הרשב"א ומכל מקום אם אחר המעשה נתן או

או מכר ואחר כך התנה אפילו תכ"ד אין התנאי כלום והמעשה קיים שהרי כתב הרמב"ם בפ"ו מהלכו' אישות כל תנאי שבעולם בין בקידושין בין בגירושין בין במקח בין בממכר בין בשאר דיני ממונות צ"ל בתנאי ד' דברים וכו' ואם חסר א' מהם הרי התנאי בטל וכו' אלא תהיה זו מקודשת או מגורשת מיד ויתקיים המעשה או המתנה מיד וכו' כיצד האומר לאשה אם תתן לי וכו' אבל אם אמר לה הרי את מקודש' לי בדינר זו ונתן בידה ואחר כך התנה ואעפ"י שהכל תכ"ד הר"ז מקודשת מיד וכולי וכ"כ בפי"א מהלכות מכירה כבר ביארנו משפטי התנאי' בהל' אישות עיין שם משמע דגם דיני ממונו' הוו דינם כקידושין וגירושין דאם עשה המעשה ואח"ך התנה אפי' בתכ"ד התנאי בטל והמעשה קיים ושו"ר לה' חזון נחום בפ"ה דתמורה דמהרי"ק האריך וכתב שם נלע"ד דיכול המוחזק לומר קי"ל דאחר המעשה אפי' תכ"ד אין חזרתו כלום כמ"ש הב"י בפי"כ דיש חולקים גם התוס' במנחות דף כ"א כתבו דבהקדש אינו חוזר אפילו בתכ"ד מטעם דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי הרי במסירה אינו יכול לחזור אפי תכ"ד וכן דעת הרמב"ם וכולי עיין שם באורך גם הראב"ד בהשגות בפ"ו מהלכות אישות כתב אפי' אמר הכל קודם המעשה ואח"ך נתן הדינר התנאי בטל וכולי והא בכה"ג אפילו בגיטין וקידושין יכול לחזור כדמוכח בפרק האומר מעכשיו ולאחר ל' יום דמספק"ל אי הוי חזרה וכולי כמ"ש הרשב"א והריטב"א בחי' שם וז"ל וכ"ת וכי חזר מאי הוי וכו' א"ל דהתם דבתר דמטי גטא או קידושיה לידה וכו' אבל הכא קודם נתינת הגט וקידושיה ליד וה"ה יכו' לחזור בו עיין שם א"כ אם אמר המעשה והתנאי קודם נתינת הקידושין כיון דיכול לחזור אמאי התנאי בטל והר"ן ב"פ מי שאחזו נדחק דהא בנתן ה"ז אם לא באתי ופרכי' וליחוש שמא בא אלמא התנאי קיים המשנה שלא בדקדוק דאי לא אמר המעשה בתחי' תנאו בטל ע"ש ות"ח אימא משום דתנאי בתכ"ד דיכול לחזור קודם הנתינה אלא ודאי דתנאי הוי חזרה מתנאי בני גד גמר לה ואם המעשה קודם אפי' התנאי בתכ"ד בטל מיהו א"ל דה"ד בשלא הפסיק דהתנאי תשלום דבריו הראשוני' אבל אם הפסיק קצת ונמלך בתכ"ד אימא דאם נתן ואחר כך התנה בתכ"ד בקידושין שאינו יכול לחזור התנאי בטל אבל בממון דתכ"ד כדבור דמי דתנאי קיים ואם אמר המעשה והתנאי קודם הנתינה אפילו בגיטין וקידושין כיון שיכול לחזור התנאי קיים לכ"ע וכ"נ קצת מדברי מרן הב"י א"ה סימן ל"ח אבל ראיתי להב"ח שם דחה זה והסכי' דאין חי' ולא אמרי' דתכ"ד לאו כדבור דמי אלא כשחוזר בו לגמרי אבל אם אינו חוזר אלא שמפ' דבריו תכ"ד כדבור דמי ותנאי לא הוי חזרה והיה מועיל בתכ"ד אלא משום דהמעשה קדם לתנאי בטל עיין שם אם כן גם בממון שאחר המעשה אפי' הוא בתכ"ד בטל וע"ש בבית שמואל סק"ב ואף על פי שכתבו העדי' שהיה כתנאי בני גד ובני ראובן כבר כתב הר' חלקת מחוקק סימן ל"ח סק"ג דהיינו דוקא לגבי כפל אבל אם אמר הרי את מקודשת לי אם תתן לי מאתים זוז לא יועיל כתנאי בני גד ובני ראובן דהא חזי' שלא התנה כן ע"ש וכ"כ מהר"ם מפדווא ורמ"א בתשו' סי' כ"א הביאו ה' כנה"ג שם אות ט' ע"ש אבל ה' מעש' חייא סי' ט' כ' אף שלמעלה לא הוי כהוגן דהמעשה קודם לתנאי באמירה וכו' מ"מ בסוף השטר כת' וקנינא בכל התנאי שהעידו שעושה כהוגן ולמעלה לא נכתב כסדר והביאו ה' כנסת הגדולה סימן זה אות ע"ו עיין שם וכן כתב ה' פמ"א חלק שני סימן ע' ולמד כן ממ"ש המרדכי בפרק מ"ש והביאו מרן הב"י סימן רי"ב ופסקו מור"ם שם על שטר שלא היה כתוב קנין הפירות כראוי שלא הקנה לו קרק' לפירות וכו' והשיב ר' ברוך אחר שכתוב בשטר המתנה שנתנו לו את הפירות של הקרקע בקנין גמור אג"ק וקבלו עליהם באחריות כל שטר קנין פירות העשויים כתיקון חז"ל וכו' שנמצא שהעדים מעידי' שנעשה כתי' חז"ל וזה הוא כתחז"ל להקנות קרקע לפירות וילמד עליון מתחתון ע"כ הרי אף על פי שלמעלה פי' העדים קנין הפירות לבד ילמד מתחתון שהעידו שעושה כתחז"ל עי' שם ולאו ראייה היא דהתם ליכא אלא חיסור הקנאה ולכך מהני כתחז"ל אבל הכא דכתוב המעשה קודם לתנאי לא מהני כתחז"ל לתקן השטר וכהאי גוונא כ' הרב כנסת הגדולה בסימן ר"ג הגה"ט אות מ"ח ואפשר לומר דלא כת' ר' ברוך דאם כתוב בשטר שנעשה כתחז"ל ס"ד אלא היכא דהקנין לא מהני מחמת שחסר משם הקנאה ולכן כשכתב כהוגן וכתחז"ל הקנוהו כראוי וחסר משם הקנאה אבל כשיש שם הקנאה אלא שהקנאה אינה ראוייה וכו' ע"ש:

ד' דין ב' אם אמר מעכשיו וכו' הרשב"ם סי' רמ"ג כת' דאם היה אסמכת' לא מועיל מעכשיו אלא אם כן קנו ממנו בב"ד חשוב עיין שם:

ה' דין ג' ופירש בשעת המכירה וכולי נ"ל כדברי הראשונים שכל שהולכים אחר כוונת הלב כגון שמע שמת בנו וכולי אין חי' בין נודע ללוקח בין לא נודע הואיל ונודע לרוב העולם וכן עיקר ה' המאירי הובא בש' א"ז ר"פ הפרה עיין שם:

ו' או נמנע וכו' שאינו רשאי לילך אלא בחבורה המכר בטל שלא היה בדעתו אלא על תנאי שיוכל לילך בלי שום אונס וכו' הטור וכת' הרשב"ם סימן ר"ז שכן דרך הרמב"ם לפסוק כלישנא בתרא עיין שם אבל ראב"ן סימן ס"ג דכ"ה עמוד שני כ' וז"ל מצאתי האי גירסא הכי בשערים דרב האיי גאון ונראים בעיני ההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לא"י לבסוף לא סליק אמר רב אשי אמרי' ליה קום סליק א"ד אמרי' ליה אי בעי סלקת מ"כ א"ב דאיתיליד אונסא באורחא וה"פ לישנא קמא איירי בלא איתיליד אונסא ללישנא בתרא איירי דאיתיליד אונסא לל"ק הכי קאמר ליה קום סליק כיון דמצי למיזל ברחייא דליכ' אונס ומשמע דאי אתיליד אונסא לא א"ל קום סליק ולל"ב ש"מ דאפי' איתיליד אונס' וכו' אפ"ה א"ל אי בעי למיסק ולמיטרח מלית ומתרווייהו לישני שמעי' דאי פשע ולא סליק זבוני זביני עכ"ל ולגי' זו למאי דקי"ל כלישנא בתרא אפילו יש אונס המכר קיים כיון שיכול ליטרח וכ"כ בעל העיטור דל"ט ע"ד ע"ש:

ז' הג"ה אבל במוכר מטלטלין לא וכו' וכ"כ הרא"ש והטור בשם רש"י והריב"ש סימן קל"ה כ' שכן נראה מ"ל הרמב"ם שכתב מי שמכר חלקו או שדהו וכו' עיין שם ומהרש"א כתב דרש"י פי' מקרקעי משום דאלו היה מטלטלי' ע"כ הלוקח מוחזק בו דאל"כ בלא"ה יכול לחזור ואם כן דחי' התם משום דלחומרא והיינו דמספק"ל ואם כן הול"ל הממע"ה אבל בקרקע ניחא דכיון דספקא הוא קרקע בחזקת בעלים עיין שם ונראה דס"ל דבמטלט' לא מוקמינן המקח בחזקת מרא קמא מספק וה' פני יהושע בחי' שם דחה דגם במטלטלי כיון שאין הלוקח בא להחזיק אלא מספק מוקמינן המקח בחזקת מרא קמא עיין שם וליתא דהתו' בכתובות ס"פ המדיר בד"ה אבל בטל וכו' כ' וז"ל אע"פ שהוא מוחזק וחזקת הגוף מסייע ליה וכו' טעמא דשמואל דמוקמי' לה לפרה

בחזקת

בחזקת מרא קמא והא דפריך בהשואל גבי המחליף פרה בחמור וילדה דיחלוקו וליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי איהך המע"ה אלמא לא מוקמינן אחזקת מרא קמא היכא דתפיס איהך התם פריך לפי המסקנא דהכא דלא קאי הכי עיין שם אלמא לא מוקמי' המקח בחזקת מרא קמא מספק וכפר הוכיח כן מהרש"א בתו' דמליעא דף ק' בד"ה הא מני וכו' ותמה על מהרש"ל שם וכן בספיקא דדינא קי"ל דאם תפס אין מוליאין מידו וכבר האריך הש"כ בס' תקפו כהן ובסימן כ"ו והעלה דגם הרא"ש והטור דס"ל בספק בכור דתקפו כהן מוליאין מידו ה"ד התם משום דאפי' היה ודאי בכור אין ב"ד יכולים לכופו דיתן לו וה"ה בכל ספקא דדינא דאפילו היה הדין ברור אין ב"ד יכול לכופו כגון בקנס לא מהני תפיס' בספק אבל בממון שהיו הב"ד כופין אם היה הדין ברור מהני תפיסה בס' עש"ב ועוד אם תפס ברשות לכ"ע מהני תפיסה במטלט' ואם כן דהוי ממון ותפס ברשות אין מוליאין מידו שהוא מוחזק אבל אינו מוכרח דהא אם הקנה המטלטלי' בקנין סודר אין יכול לחזור בלא"ה וכן אם הניח ביד שליש שאין א' מהם מוחז' מוקמינן להו בחזקת מרא קמא כדמוכח בפ' השואל גבי המחליף פרה בחמור וכו' וכן כתב הרמ"ה בתשובות סימן רמ"ד ובפ' המוכר את הבית ס"סי כ"ב וכן כתב הטור סימן ר"מ בשמו גבי ב' שטרות היוצאות ביום א' עיין שם וה"כ אפילו קגאס במשיכה והניחס ביד שליש מוקמי' להו בחזקת מרא קמא וכן כתב התוספות בבתרא דל"ג בד"ה ואי וכו' וז"ל וא"ת מאי איריא משום דלא הליף ת"ל משום דתפס מ"ד אמטלט' שאין עשויים להשאיל ולהשכיר דאם אמר לקוחים הם בידי נאמן וי"ל דאילטריך טעמא דלא חליף אם לקטן והניחם ברשות שאינו שלו דלא תפיש בהם עיין שם אלמא אפילו לקטן והניחם הוא ברשות אחר לא חשיב תפיס וכן בפ' השואל מוקמי' מתני' בעומדת באגם ובסימטא ופרכי' ולוקמ' בחזקת מרא קמא וליהוי איהך המוציא מחבירו עליו הראיה הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין ע"ש משמע בהדיא דלרבנן כשאינו ברשות א' מהם מוקמי' להו בחזקת מרא קמא וכן כתב הרשב"ץ ח"ב סימן רע"ב ע"ש ומה שהק' המש"ל מדכתבו הרי"ף והרמב"ם בבעיא דפ' המפקיד אי קנה השומר כפל או לא דיחלוקו וכולי כבר כתב מרן הב"י סימן רל"ה כיון דכפל אינו ביד המפקיד ומעולם לא בא לידו לא הוי חזקה והב"ח שם האריך עיין שם ובתשו' הרשב"ץ שם דנ"ה ע"ב ונראה דס"ל דהתם אע"ג דמספק"ל אם הקנה לו הפרה או לא וגוף הפרה בחזקת מרא קמא מ"מ כיון דהפרה עלמה חוזרת לבעלי' ואין השומר קונה אלא הכפל שבא הבא מאליו והוא לא בא ביד המפקיד מעולם לא הוי חזקה ויחלוקו ול"ד להא דפ' השואל דעובר הוא בגוף הפרה והמוכר היה מוחזק בודאי מתחי' קודם המכירה כשהיתה הפרה מעוברת ע"ש בתוס' ואם כן בכל המטלטלי' שהיו ביד הבעלי' ועכשיו כשנפל הספק הם ביד שליש מוקמינן להו בחזקת מרא קמא וה"ה בספיקא דדינא וכן כתב הש"ך בס' תקפו כהן סי' ל"ו דאם לא תפס לרשותו אע"ג דמשך מוקמינן להו בחזקת מרא קמא בספקא דדינא ע"ש ומה שנראה מדברי מהרש"א דבקרקע אפילו מוחזק ביד הלוקח כיון דספקא היא קרקע בחזקת בעלי' ליתא שהרי כ' הרשב"א והביאו מרן הב"י סימן כ"ע דאם יש ב' כתי עדים במכירה על תנאי כיון שהלוקח ירד כדין והמוכר החזיקו כראוי אלא שמביא עדים שיש לו להסתלק מחמת התנאי וזה מביא עדים שלא היה תנאי מוקמי' הקרקע בחזקת הלוקח שהוא עכשיו בידו ע"ש וה"כ דכוותא כיון שהלוקח ירד כדין אלא שהמוכר רולה לסלקו מחמת שאתנים ולא עלה לא"י מספק הלוקח הוא מוחזק ואיברא שהר' ש"ך בס' תקפו כהן סי' כ"ח כ' דבקרקע לא שייך תפיסה ובחזקת בעלים הא' היא וכו' ומ"ש הרשב"א בתשו' סי' תתקע"ב בא' שמכר קרקע לחבירו ואמרו ב' עדים דתנאי היה בשעת מכירה שאם יחזיר לו המעות מכאן עד ג' שנים המכר בטל וכולי נראה דהכא שאני כיון שלדברי כולם ירד בו ברשות להיות שלו עכ"פ לזמן ג' שני' אלא שאחר הזמן יחזור לו המכר ואם כן הוא בעליו עד אותו זמן שהרי ירד ברשות להיות שלו לזמן ג' שנים וגם אפי' לאלוטין כשלא יביא המעות לסוף ג' שנים אם כן הלוקח נקרא בעל הקרקע ובפרט שהיה הזמן ג' שנים כדין שני חזקה ומ"ש הרשב"א שהיה תנאי שאם יחזיר לו המעות מכאן עד ג' שנים וכולי אינו רולה לומר שיכול לסלקו תוך ג' שנים בזמן שירלה דאם כן לא בעליו לזמן אלא מכאן ואחר ג' שנים יסלקו וא"ת דתשו' הרשב"א כפשט' לא קי"ל הכי אלא ברור דתפיסה לא מהני בקרקע ע"ש ואם כן דוקא כשירד בו להיות שלא לזמן דהרי הוא בעליו עד אותו זמן משא"כ הכא אבל בתשו' הרשב"א ח"ב סי' רכ"ע מבואר שהתנאי היה שהמכירה עד ר"ח אייר הבא לפניו ואם יפרע המעות בזמן הנז' יבטל המכר וטען המוכר שהביא לו המעות בתוך הזמן ולא רלה וכתב וז"ל דשאני הכא שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד לכרמו ור' יוסף החזיק בו וכולי אלא שהתנה לפי דבריו שאם יתן לו מעותיו תוך זמן שתתבטל המכירה וכו' עש"ב אלמא אפי' היה התנאי שאם יחזיר לו המעות לזמן מועט בתוך זמן שירלה בטל המכר אפ"ה הלוקח נקרא בעליו משום דירד ברשות וה"כ הלוקח ירד ברשות הוא והוא בעליו אלא שאם נאנס המוכר ולא עלה לא"י יבטל המכר מיהו אפשר דרש"י לא ס"ל כהרשב"א כמ"ש הש"ך דבכה"ג לא קי"ל כהרשב"א ועוד אפשר דמחלק בין תרי ותרי לספיקא דדינא כמ"ש המש"ל בפט"ו מה' טוען מתשובות דאפשר דהרשב"א מודה בספיקא דדינא דמוקמי' הקרקע בחזקת בעליה אבל דעת האחרונים דאפי' בספקא דדינא קרקע בחזקת הלוקח כמ"ש בסי' ק"מ עש"ב ושוב ראיתי בשיטת קידושין שכתב וז"ל דילמא התם לחומרא פירש"י דילמא דברים שבלב ספק הוו דברים או לא וגבי קידושין לחומרא וגבי ממון אוקי ממונא בחזקת מריה ותימא הוא דהא ודאי בתר מריה בתרא הו"ל למיזל כיון שירד בנכסים כדאמרי' בפרק חזקת מוכר קאי בנכסי הכא לוקח קאי בנכסי וי"ל דהכא מיירי כגון שנתן כסף אבל לא ירד בנכסי' עדיין דלא אמרי לוקח קאי בנכסי' אלא כשירד בנכסי' וכו' עכ"ל הרי דס"ל דגם בספקא דדינא מוקמי' הקרקע בחזקת הלוקח מיהו ה"ד כשירד בנכסי' אבל אם לא ירד עדיין בנכסי' אפי' נתן המעות כבר הוי בחזק' המוכר מספק כדעת מהר"א ששון ושאר אחרונים שכ"כ בדעת הרשב"א :

ח' דין ד' ודברים שבלב אינם דברים וכו' לא מש' דאינו נאמן לומר שבלבו היה כן אבל באיסור חיישי' מספק דאמרי' בקידושין ובכול' אף על פי שאמרה בלבי היה להתקדש לו אינה מקודשת ולא אמרו שתהא אסורה בקרוביו ש"מ דאפי' לקולא אמרי' דברים שבלב אינם דברים המש"ל הל' שק"יכ עיי"ש וכן ראיתי להריב"ש סימן קל"ג שכ' וז"ל ועוד שאין לנו ללכת אלא אחר דבורו לא על מה שאומר עתה שהיה בלבו דדברי' שבלב

שבלב אינם דברים ואפי' נאמר כיון דרחמנא הימניה לאב נאמין אותו שהוא אומר אמת כמ"ש בלבו היה מתרלה בקידושין מ"מ הו"ל דברים שבלב ודברים שבלב אינם דברים וכדתנן בכולם אע"פי שאמרה היה בלבי להתקדש לו אינה מקודשת ואע"פ שהאשה נאמנת לאסו' עצמה ומשויא נפשה חתיכה דאיסורא אפ"ה כיון שלפי התנאי האומר בפיה אינה מקודשת אין כח בדברים שבלב לבטל הדבור ואפי' נאמינה שהיה כן בלבה טכ"ל וכן מוכח עוד בפ' הא"מ דאמר רב יוסף מהכא כמקדש את האשה ואמר כסבור וכו' ואמאי הא קאמר כסבור הייתי אלא משו' דאמרי' דברים שבלב אינם דברים א"ל אביי דילמא שאני התם דלאומ' משמע דלרב יוסף הוי מקודשת ודאי ואם בא אחר וקדשה אינה מקודשת משום דברים שבלב אינם דברים אפי' לקולא ובמסקנ' ילפינן מדתנן האומר לשלוחו וכו' ואע"פ שאמר בע"ה לא היה בלבי וכו' אלמא אע"ג לומר בלבי דנאמן הוא במגו דנזכרתי אמרי' דברי' שבלב אינם דברי' וכן כתב בהדיא התוס' רי"ד והריטב"א בחי' שם עש"ב וכן ראיתי בשיטה שם שכ' דב"ה פי' דדברים שבלב אינם דברי' משום דאינו נאמן ודחה דבריו מההיא דהאומר לשלוחו וכו' ע"ש וכן אמרי' בנדרי' דכ"ח האומר יאסרו פירות העולם עלי וכו' באומר בלבו היום ומוליא בשפתיו סתם ואע"ג דס"ל דדברים שבלב אינם דברים לגבי אונסין שאני עיין שם אלמא דוקא גבי וכו' (א"ה עכ"מ והדבר מובן מעלמו) :

[א"ה עיין בהשמטות]

יו"ד הגה מיהו אי איכא אומדנא דמוכח וכו' וז"ל הרא"ש בתשו' כלל ל"ד אבל היכא דאיכא אומדנ' דמוכח וכו' אפי' לא גלה דעתו בשעת המכירה לא הוי דברים שבלב אלא עבדי' כאלו התנה כגון שטר מברחת וכו' ע"ש וכו' דל"ד שלא גלה דעתו בשעת מעשה אבל קודם לכן גלה דעתו אלא דלא בעינן גילוי דעת כלל לא בשעת מעשה ולא קודם לכן וכן כתב בהדיא הרא"ש בפ' אלמנה ניזונת ע"ש וכן במתנה למ"ד דברי' שבלב הוו דברים אפילו לא גלה דעתו קודם לכן :

י"א וי"א דמתנה דברים שבלב הוו דברים וכו' אבל מדברי הריב"ש סימן קל"ה מוכח בהדיא דמתנה כמכר ואמרינן דברים שבלב אינם דברים עיין שם :

י"ב וי"א דמתנה דברים שבלב הוו דברים וכולי ז"ל ר' ישעיה בקו' בפ' הא"מ וראיתי שנוטי' אחר ר"ת דאמר דהיכ' דמוכח' מילתא דאדעת' דהכי זבין ולא נתקיי' הדין זביני ומשוי' דין זה לדין מברחת וכולי וכן נמי בש"מ שכתב כל נכסיו לאחרים וכו' ואין הדבר כן וכו' וההיא דמבטלי' למתנה ולא אמרינן דברים שבלב אינם דברים ואזלי' בתר אומדנא משום דהיא מתנה ולא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחרים אבל אם מכר נכסיו וכו' וכן נמי שכ"מ אם מכר כל נכסיו לא אמרינן כסבור למות הוא דאם כן למה קבל המעות וכולי והכי אמרינן בפ' מ"ש איבעיא להו מכר כל נכסיו וכולי פי' אי איתנהו בעין מכרו קיים דאין סבור למות אלמא חי' יש בין מכר למתנה וכן נמי בההיא דבעי למיסק לא"י אם לא מכר אלא חילק קרקעות לקרובו בעבור שהיה סבור לעלות וכו' אין מתנתו מתנה וכולי עכ"ל וכן כתב ריא"ז בפ' אלמנה ניזונ' ע"ש וכן כתב הג"א בפ' מ"ש בשם ריב"ש דגבי מתנה דברי' שבלב הוו דברים הואיל ובתנם יהיב ליה אבל במכר אגב זוזי גמר ומקני ע"ב והר"ן בפ' הא"מ שכתב וז"ל דמברחת מוכחא מילתא משום דליכא דיהיב כולהו נכסי לאחרי' וכו' וה"ט דבמתנת שכ"מ בכל נכסיו אם עמד חוזר ולא אמרינן דברים שבלב נינהו ותהוי כמתנת שכ"מ במקלת שאינו חוזר משום דכל כה"ג שהטענין מוכיח מתוכו לאו דברים שבלב הם אלא דברים שבפי כל העולם אבל הא דשמעתין לאו מוכחא מילתא כולי האי דאימור זוזי אילטריכ' ליה וזבין וכולי עיין שם ולכאור' משמע דמחלק כך דבמתנה מוכח' מילתא ובמכר לא מוכח' מילתא כ"כ דאגב זוזי גמר ומקני אבל אם נתן קרקעות לעלות לא"י אה"נ דדברים שבלב הוו דברי' מיהו במי שהלך בנו למ"ה וכתב כל נכסיו לאחרי' ואח"ך בא קי"ל דאם שייר מנכסיו כל שהו בין קרקע בין מטלטלי' מתנתו קיימת כמבואר בסימן רמ"ו וכן בש"מ שנתן כל נכסיו כמבואר בסימן ר"ן עיין שם בהסמ"ע ס"ק ט"ז ואם כן ה"נ אפי' נתן כל קרקעות כיון ששייר לא מוכח' מילת' והוו דברים שבלב ומ"ש הר"ן טעמא דאגב זוזי גמר ומקני ל"ד דס"ה במתנה דאמרינן דאי לאו דעבד ליה נייחא לנפשיה לא יהיב ליה כדאמרינן בפ' הנזקי' עיין שם והרשב"ץ ח"א סימן ל"ה הביא תי' הר"ן וכתב הר"ן וז"ל שאין לילך אחר אומדנא דדעתא אלא בדברי' שאין לפקפק כלל שאין כן דעת הנותן וכו' דכ"ע סהדי שזהו דעתו אבל אם אפשר לחלוק בדעתו כן או אינו כן אע"פ שיותר נוטה הדעת למה שבלבו כיון שאפשר ע"ד רחוקה לומר שלא היה בדעתו כן הו"ל דברים שאינם דברים וכו' ע"ש וראיתי לה' פני משה ח"ב סי' כ' שכ' דלא אמרינן אדעת' דהכי לא יהיב אלא כשהדבר תלוי בדעת הנותן לבד כההיא דר"ש בן מנסיא ושטר מברחת ושכ"מ שכתב כל נכסיו וכו' דכל הני תלוי בדעת הנותן לבד וכן תשו' הרא"ש שהביא הטור ח"מ סי' כ"ז ע"ש כה"ג היא אבל בכ"ד דהדבר ביד החתן נמי דאפשר דלא יתרלה לא לאחתוני אלא ע"ד שכל השבח שלו מאותה שעה לא וכה"ג חילקו התוספות בסוף הגוזל קמא ובפ' נערה שנתפתתה עש"ב וכה"ג חי' מהרש"ל בתשו' סי' ע"ז עיין שם ואיברא שהרא"ש בתשובות כלל ל"ד בשטר שידוכין בקנס הביא ראיות דאזלי' בתר אומדנא דמוכחא משטר מברחת ומהכותב כל נכסיו לאשתו והכותב כל נכסיו לאחרים וכו' דאזלי' בתר אומדנא ע"ש הרי דאפי' בדבר תלוי נמי ביד החתן אזלי' בתר אומדנא וכבר ראיתי להב"ח בתשו' סימן ח' שכ' דאין ראייה מכל הני דשאני מתנה דבדעת הנותן לבד תליא מילתא ואמדי' דעתו שנתכוון לכך אבל ב' שנשתעבדו זה לזה כל א' נשתעבד לדעת לחבירו ע"ש והדבר ק' שהרא"ש עצמו הובא בס' א"ז לכתובות דמ"ז ע"ב חי' כן וז"ל הילכך נראה דלא פריך התם אלא וכו' ול"ד ללוקח חפץ דאין אדעת' דהכי לא זבין דהא ג"כ דעת המקנה וכולי לא מק' התם אלא במה שתלוי בדעתו ואין אחר מעכב על ידו וכו' ע"ש ולא ראה תשו' מהר"ס שאכתוב דמתנה נמי תליכן בדעתא דתרווייהו דאי לא דעבד נייחא לנפשיה לא יהיב ליה ונראה דהרא"ש אזיל בשיטת מהר"ס רבו שכתב בתשו' הקלרות סימן אחרון וז"ל ראובן שהשכיר לשמעון חתנו בית א' שלו בדבר קלוב בשנה כל ימי חייו של שמעון ועתה רולה שמעון למכור הכח שיש לו בחלק דראובן חמיו וטען ראובן אדעתא דהכי השכרתי לך בדמי' מועטי' כדי שתקנה אתה וביתך ולא שתמכרנו לאחר שכ' וז"ל נ"ל דלא שייך אומדנא וכולי ועוד אטו אם ראובן מכר לשמעון חפץ ונתקלקל מי נימא אדעתא דהכי לא קנאו שמעון אלא כמו שפי' ר"י בס"פ הגוזל קמא אהא דפריך אלא מעתה יבמה וכו' נראה דנפלה מן האירוסין

מיירי דלי מן הנשואין והאי מקדשה נפשה בכל עיין משום דמילתא דאתיא בתר מיתת בעלה לא מסקא אדעתא מלהיות נשואה אלא מן האירוסין פריך דבאומדנא כל דהו נימא דעתה שיבטלנו ועוד הק' שם ר"י אלא מעתה אדם שקנה דבר מחבירו ונתקלקל יבטל המקח אדעתא דהכי לא קנה ותי' דהתם לא בדעת' דלוקח לחודיה תליא מילתא אלא בדעת המוכר נמי ומוכר אקנ' ליה אדעת' דהכי הילכך לא שייכא שום אומדנא דדעת' בכה"ג במכר וכן במתנה נמי תליא בדעת' דתרווייהו אי לאו דעבד ליה נייחא לנפשיה לא יהיב ליה הילכך לא תליא בדעת הנותן לחוד אלא אף בדעת המקבל מתנה ובלב המקבל לא היה הנאי וכו' עכ"ל הרי שכתב דבמתנה נמי לא אמרינן אומדנא משום דתליא בדעתא דתרווייהו וכה"ג כתב הרא"ש בתשובות ח"א סימן ע"ז וז"ל את"ל דהיא אומדנא דמוכח' א"ל כיון שאין הדבר תלוי ביד הנותן לחבירו לבדו אלא אף ביד המקבל והמקבל אלו ידע דעת הנותן שלא נתן אלא ע"מ להחזיר לו או ליורשיו וכולי לא היה רוצה לקבלם ולא סגי בלא תנאי וכמ"ש התוס' בשלהי הגוזל קמא וכו' וה' פרח מטה אהרן ח"א סימן ס"ג תמה עליו דדוק' במוכר ולוקח שכל א' נותן לחבירו זה נותן דמים וזה חפץ משא"כ בנותן עש"ב וגם הוא לא ראה תשו' מהר"ם שכתבתי דמתנה נמי תלינן בדעת' דתרווייהו :

מיהו בפרק נערה אמר ר"ל באושא התקינו הכותב נכסיו לבניו הוא ואשתו ניזונין מהם וכת' רש"י והתוספו' דלאחר אין ניזוני' דמתנה הוי כמכר דאי לאו דעבד ליה נייחא לנפשיה לא הוה יהיב ליה מתנה אבל בנו ל"ל הכי והתוספ' הביאו ראיה מפרק י"כ עיין שם ומהר"ם בתשו' הקצרות סימן קל"ב הוכיח מדבריהם דגם למסקנא דלית הילכתא כתקנת אושא אשתו ניזונת לפחות לאחר מיתה וכתבתיו בסימן רכ"ב עיין שם וא"כ משער מברחת שנתנה לבנה ולבתה וכן מהכותב נכסיו לא' מבניו וכולי א"ל דהתם שאני משום דתלוי בדעת הנותן דבבנו לא שייך ה"ט דאי לאו דעבד ליה נייחא וכולי הא לא קיימא לן הכי וכת' הרשב"א בתשו' חלק שני סי' קס"ג וזה לבנו ואף על גב דטעמא דמתנה שהיא כמשעבדי הוי משום דאי לאו דהו"ל הנאה מניה לא הוה יהיב ליה מתנה כדאיתא התם ולכאורה לא שייך האי טעמא גבי יורש דבין כך ובין כך אדם נותן ליורשיו ואין להם פסידא כלל אפ"ה לא פלוג רבנן א"כ דאפילו ליורש בעצמו לא היה נותן לו בלשון מתנה אלא מניחו על דינו שהם אא"כ נהנה ממנו עכ"ל ומשכ"מ שכתב כל נכסיו לאחרי' וכו' בלא"ה ל"ל דוקא במתנה אזלינן בתר אומדנא דבבתרא דף קמ"ד איבעיא לן מכר כל נכסיו מהו ומסקי' דאם עמד חוזר אם המעות בעין שיש הוכחה שע"ד כן מכר וכמו שפסק הרמב"ם והטור ומרן סימן ר"ן ע"ש אלמא אפי' במכר דתלוי בדעת המוכר וקונה אזלי' בתר אומד' דמוכח והי ק"ל דהא דאמרי' בפר' הגוזל דאדעתא דהכי לא הקדיש ולא נתן ע"כ אומדנא דמוכח היא דהא קי"ל דברים שבלב אינם דברים ואפ"ה כ' התוס' דבמכר לא כיון דתלוי בדעת המוכר והקונה לא אמרי' הכי אם כן ש"מ דלא אזלינן אפי' בתר אומדנא דמוכח במכר (א"ה עכ"מ ואח"ך מצאתי בקו' אחר שכתו' הכי איברא וכו') :

איברא דבתוס' רי"ד בפ' הא"מ כת' וז"ל וראיתי שנוטים אחר דברי ר"ת דאמר דהיכא דמוכח' דאדעת' דהכי זבין ולא נתקיים הדרי זביני ומשוי' דין זה לדין מברחת וכו' וכן נמי בש"מ שכתב כל נכסיו לאחרי' וכו' ואין הדבר כן וכו' וההיא דמברחת דמבטלי' למתנה ולא אמרי' דברי' שבלב אינם דברים ואזלי' בתר אומד' משום דהיא מתנה ולא שביק אינש נפשיה ויהיב לאחרי' אבל אם מכר נכסיו וכולי וכן נמי שכ"מ אם מכר כל נכסיו לא אמרי' כשבור למות הוא דא"כ למה קבל המעות ודוקא כשנתן וכולי והכי אמרי' בפרק מי שמת איבע"ל מכר כל נכסיו וכו' פי' אי איתנהו בעינייהו מכרו קיים דאין שבור למות אלמא חילוק יש בין מכר ובין מתנה וכן נמי בההיא דבעי למיסק לא"י אם לא מכר אלא חיל' קרקעות לקרוביו בעבור שהיה טרוד לעלות לא"י וכולי אין מתנתו מתנה וכולי ע"ש הרי דלא חי' בין אומדנא לאומדנא אלא בין מתנה למכר ושכ"מ שמכר כל נכסיו אם המעות בעין ועמד אינו יכול לחזור וזה כפי' מהר"י ן' מיגש והרמ"ה בפ' מי שמת סימן ל"ז עיין שם אבל רב האי בס' המקח שער ע"ז פי' דאם המעות מלויי' בעין יכול לחזור וכן כת' הרמב"ם והטור ומרן סי' ר"ן סי"ג עיין שם אם כן אין חי' בין מכר למתנה אלא בין אומדנא דמוכחא לאומדנא דלא מוכחא והרא"ש בפ' אלמנה ניזונת הוכיח עוד כן מלקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה עיין שם וזה דעת ר"ת והנמשכים אחריו וכ"כ הרשב"ץ חלק ראשון סימן ל"ה עיין שם והרב משנה למלך בפ"ו מהלכות זכייה בתשוב' הביא דברי המרדכי בפרק החולץ שכת' תשו' למהר"ם שהביא ראיה לס' הגאונים דיבמה שנפלה לפני משומד אינה זקוקה כלל מדאמרי' בפ' הגוזל אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה ותי' טב למיתב וכולי ולגבי מומר ל"ל הכי דאנן סהדי דלא ניח' לה להתייבם כי יעבירנה על דת וכולי ונראה דמהר"ם חולק על זה וס"ל דאף דאיכא דעת אחרת אמרי' אומדנא וכן נראה קצת מדברי הרא"ש בתשו' וכו' בשיטת רבו מהר"ם אזיל וכו' עיין שם באורך ולא ראה תשו' מהר"ם שכתב דאזיל בשי' התוס' דיבמה דוקא מן האירוסין הוא דס"ד דאמרינן אומדנא אבל מן הנישואין לא וכן בדאיכא דעת אחרת לא אמרינן אומדנא וכן כ' הרא"ש בתוס' בפרק נערה וכבר הביא ה' אח"ך מ"ש ה' פני משה לתרץ תשו' הרא"ש דהיכא דהאומד' היא גדולה מאד אנן סהדי דלא יבטלנה המתחיי' אף אם דעת שכנגדו לא יתרצה בכך וכו' ואם כן א"ל דהכא נמי יבמה שנפלה לפני יבם משומד האומדנא גדלה עד מאד ואפי' דאיכא דעת הבעל אמרי' לה עיין שם וכן משמע מדברי מהר"ם בתשו' שכתב אלא מן האירוסין פריך דבאומדנא כל דהו אמרינן וכו' ואם כן דוקא התם מן הנישואין לא אמרי' אומדנא כל דהו וכן בדאיכא דעת אחרת אבל באומדנא גדולה אמרינן לה בכל גוונא :

ונראה דאם הקדיש נכסיו אדעתא למיסק לא"י אף ע"ג דבמכר אמרי' דברים שבלב אינם דברי' היינו משום דאזלינן נמי בתר דעת' דלוקח אבל בהקדש אמרי' דאדעתא דהכי לא הקדיש משום דמקדש בדעתיה קאי כמ"ש התוספות בפרק הגוזל ואפילו ליכא אומדנא דמוכח וכן כתב מהר"ם בתשו' הקצרות סימן י"ט והובא במרדכי ס"פ הא"מ לא דבר תחלה כלל אם בשעה שנתן לה היה בלבו לשם קידושין וגם היא קבלתם לשם קידו' וכו' קידושין הוו וצריכה גט ואף על גב דאמרינן בפרק הא"מ אף על פי שאמרה בלבי היה להתקדש לו אינה מקודש' דדברי' שבלב אינם דברי' שאני התם כיון דאתנו לאו כ"כ למיעקר לתנאיה אבל בנדון זה לא גרע מגמר בלבו להוליא פת חטים והוליא פת שעם ואע"ג בההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לא"י לא אמרי' הכי

התם

התם היינו טעמא דאזלינן בתר אדעתא דלוקח עיין שם הרי שכ' דבמכר נכסיו אדעתא למיסק לארץ ישראל אף על גב דלא הוי אומדנא דמוכח לא אמרינן דברי' שבלב אינם דברים אלא משום דאזלינן בתר דעתא דלוקח ואם כן במקדים דברים שבלב הוו דברים ועיין בהרב משנה למלך בהלכות שקלים שהוכיח דהא דאמרינן אינם דברי' לאו משום דאינו נאמן לומר שבלבו היה כן אבל באיסור חיישי' מספק מדאמרינן בקידושין ובכולם אף ע"פ שאמר בלבי היה להתקדש לו אינה מקודשת ולא אמרו שתהיה היא אסורה בקרוביו ש"מ דאפי' לקולא אמרינן הכי וכן כת' בהדיא הריב"ש בסי' קל"ג עיין שם וכן מוכח בגמ' בפרק הא"מ דאמרי' מנ"ל לרבא הא אילימא מהא דתנן יקריב אותו מלמד שכופין אותו וכולי עד שיאמר רוצה אני ואמאי והא בלביה לא ניחא ליה אלא לאו משום דאמרי' דברים שבלב אינם דברים וכו' הרי אפי' בודאי לא ניחא ליה בלביה אמרינן דברים שבלב אינם דברים אפי' לקולא ואמרי' נמי אלא אמ' רב יוסף מהכא המקדש את האשה ואמר כסבור הייתי וכו' מקודשת מפני שלא הטעתו ואמאי והא קאמר כסבור הייתי אלא משו' דאמרי' דברים שבלב אינם דברים א"ל אביי דילמא שאני התם דלחומר' משמע דלר"י הוי מקודש' ודאי ואם קדשה אחר אינה מקודשת משום דדברים שבלב אינם דברים אפילו לקולא וכן אביי מוכח לה מסיפא בכולם אע"פ שאמרה בלבי היה להתקדש לו אינה מקודשת ואמאי הא קאמרה בלבי היה עיין שם אלמא אינה מקודשת כלל ואפי' גט אינה צריכה משום דדברי' שבלב אינם דברי' אפי' לקולא וכן כתב הריטב"א בחי' שם:

י"ג דין ה' אם מכרו ונתנו לאותו פלוני קנה וכולי ראובן שקבל מתנת קרקע ע"מ שיפרע לפ' סך מעות לזמן פ' וקודם שפרע המעות מכר הקרק' לשמעון אינו יכול לחזור דכל האומר ע"מ כאו' מעכשיו דמי ואם כן זכה במתנה למפרע משעה א' כיון שקיים תנאו בסוף ומה שמכר שלו הוא ומכירתו קיימת מהר"א ן' טווה סימן ד' וכן מצאתי להרמ"ה בתשו' סימן רל"ז באחד שנתן לארוסתו קרקע ונתנה אותו לשמעון קודם שנשאת וז"ל דהא קיימא לן כל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ואשתכח דנשואין תנאה בעלמא נינהו כל היכ' דאיתקיים תנאו אפילו לבתר כמה שנים איגלאי מילתא למפרע דמזמניה דשטרא הוא קני לארוסתו לההיא מתנ' וכי יהיב' לי לשמעון מקמי נשואין שפיר קא יהיבת ליה וכולי עכ"ל:

י"ד ואם לא נתקיים התנאי וכו' מהרא"ח סי' כ"ח נסתפק אם אוכל הפירות כ"ז שאין התנאי מתבטל ודעתו נוטה דאין מעכבין ממנו הפירות עיין שם בארוך ומדברי רש"י במציעא דס"ו ע"ב בד"ה ואי בעית אימ' וכו' שכתב והפירות לר"י לוקח אוכלן ולרבנן משלשין אותם עיין שם נראה דסבירא ליה דהמוכר אין מניחים לאכול הפירות בנתיים מן הדין שאם לא יחזיר לו המעות תוך הזמן נמלא המקח קיים כיון דאמר ליה מעכשיו וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ד סי' קע"ז עיין שם אבל הלוקח לר"י דלד א' ברבית מותר אוכל הפירות דליכא נמי לא איסור רבית ולא גזל דאם יחזיר לו המוכר המעות ינכה לו הפירות שאכל ולרבנן משלשין והכא נמי במתנ' משלשין הפירות עד שיקיים התנאי וכן מצאתי בש"מ לבתרא דף ע"ז גבי האומר זכו בשדה לפלוני על מנת שתכתבו את השטר שכתב בשם ר' יונה בעליות וז"ל ותמיהא לי מאי קא משמע לן פשיטא כיון דאמר ליה על מנת אם לא נתקיים התנאי המכר בטל דאף על גב דקיימא לן כל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ולכשיתקיים התנאי מתקיים המקח מעכשיו אבל אם לא נתקיים התנאי פשיט' שאין המקח קיים וכו' ואפשר דקא משמע לן דחוז' בשט' חזרה גמורה ואוכל את הפירות ולא אמרינן משלשין את הפירות שמא יתרצה עוד בכתיבת השטר ואיגלאי מילת' למפרע שנתקיים המקח מעכשיו כדין כל תנאי בעל מנת שהוא כאו' מעכשיו קא משמע לן דל"ד לשאר תנאי שהו' תולה התנאי בדעת אחרים (א"ה עכ"מ אבל מצאתי בקו' אחר שייך לדין זה כתב הר"ן וכו') כתב הר"ן בפ' הא"מ בשם הרשב"א דלוקח אסור לאכול פירות עד שיגמר המקח דשמא לא יוכל לעלות ונמלא מקחו בטל וכי אכיל שכר מעותיו הוא ואפי' התנה להחזיר הפירות אם יתבטל המק' הרי זה אסור דהוה ליה כרבית על מנת להחזיר ואסור אלא משלשין את הפירו' וכו' ע"ש משמע דליכא לד היתר אפי' אמר ליה אנכה לו מן החשבון לא מהני וכן כתב הט"ז בי"ד סי' קע"ד והוכיח כן מדברי הנ"י בשם הרשב"א עיין שם אבל מצאתי בשיטה מקובלת למליעא דס"ג שכ' הרשב"א וז"ל רבית על מנת איכא ביניהו ופי' רש"י אף על פי שהתנה הלוקח וכו' ותימא דכל שהתנה באם לא יהיה מכר יחזיר הפירות נמלא שלא אכל רבית ולא עבד איסורא שבתנאי אכל ובתוס' פיר' שאם התנה שאם לא יהיה מכר ינכה מן הדמים לכולי עלמא שרי אלא הכא כשהתנה שאם יפרע לו כל מעותיו תוך הזמן יחזיר לו הוא כשיעור מה שאכל ואם תאמר ל"ל להפוכי מטרתא ולהתנות בכך יש לומר מפני שהלוקח רולה לסבב שלא יהיו מעות מלויות אלל המוכר ופעמים שלא ימלא לפרו' כל מעותיו ואלו היה מנכה לו מן המעו' כשיעו' מה שאכל יקל עליו למלוא מעות כנגד מה שנשאר עכ"ל הרי דס"ל דאם ינכה לו ודאי מותר וכן כתבו התוספו' שם והיא דמשלשין את הפירות נמי אפש' לומר דמיירי בהכי דאין הלוקח רולה לנכות מן המעות אלא רולה לפרוע לו הכל לסבב שלא יהיו מעות מלויות אללו כדי שתשאר הקרקע בידו לכך משלשין הפירות וא"כ הכא מותר הלוקח לאכול הפירות ואם יחזור המקח ינכה לו:

ט"ו ואם לא קיים התנאי וכולי ומכרו לאחר וכולי נראה דלא קנה כיון דלא קיים התנאי ולמד זה מדאמרי' בפ' המגרש על מנת שתנשא לפ' וכו' והרמב"ם בפ"ח מהל' גירושין הלכה י"ג כ' דאם נשאת לאחר קודם שנשאת לו הגט בטל וכו' וכ' המ"מ דס"ל דכל שנשאת לאחר תחלה עברה על תנאה ובטל הגט דעל מנת שתנשא לפ' תחלה משמע עיין שם והכא נמי כיון שמכר לאחר בטל התנאי על מנת שתמכור לפלוני תחלה קאמר אבל להראב"ד ודעמיה דהתנאי יכול להתקיי' דאם נשאת לאותו פל' הגט קיים למפרע עיין שם הכא נמי נראה דעל מנת שתמכור אחר כך לאותו פלו' קנה למפרע אבל הטור העתיק כאן דברי הרמב"ם ובא"ה סי' קמ"ג כתב דאכ נשאת לאחר קודם שנשאת לאותו פלו' תלא ואם תקיים התנאי שתנשא לאותו פ' הוי גט למפר' וכו' עיין שם וכבר מהר"א ששון סימן (אמר המגיה עד כאן מצאתי):

ט"ז הגה ואי נתן לו בעל כרחו אי מיקרי נתינה וכולי כתב הרשב"א בתשו' חלק ב' סימן ת' וז"ל שאלו האומר לחבירו זכה בשדה זו ע"מ שתתן לי מאתים זוז והחזיק בשדה וקודם שהספיק ליתן לו הר' זוז חזר בו בעל השדה אין בדבריו כלום למ"ד נתינה בעל כרחו שמה נתינה ואפי' למאן דאמר נתינה בע"כ לא

לא שמה נתינה אם אמר לו על מנת שתתן לראובן ר' זוז הרי זה נותן לראובן המאתים וזכה בשדה ואפי' בעל כרחו של בעל השדה ובע"כ של ראובן שהתנה לו בנתינ' המאתים שהרי הוא מקיים תנאיה ואזיל שלא אמרו נתינ' בע"כ לא שמה נתינה אלא בנתינה לעצמו וכו' אבל במתנ' שיתן לאחר אפילו נתנו לו בעל כרחו הרי זה נתינה וכו' עכ"ל הרי דסבירא ליה דנותן שדה לחבירו על מנת שיתן לו ר' זוזי תלוי למאן דאמר נתינה בע"כ לא שמה נתינ' אפי' החזיק המקבל בשדה יכול לחזור הנותן למ"ד נתינ' בעל כרחו לא שמה נתינה אבל בתנאי שיתן לאחר נתינ' בעל כרחו שמה נתינה והרשב"א בחי' בפ' מי שאחזו כ' דלא נתברר אם נתינה בעל כרחו הוי נתינה אם לא וא"ל דמספק קרקע בחזקת בעליה עומדת מיהו מסתב' לענין מטלטלין אם מסרם לו על מנת שיתן לו מאתים זוז לא מפקי' להו מניה דמטלטלין היכא דקיימו ניקום עיין שם וכן כתב הר"ן שם והמ"מ פ"ח מהלכו' גירושין ה"ך בשם אחרים שכתב כרב האי דפסק כלישנא בתרא עיין שם הרי דהני רבוואתא סבירא להו דבממון נמי שייך נתינה בעל כרחו לא שמה נתינה ואם הוא קרקע מספ' מעמידין אותה בחזקת בעלים הראשונים ומשמע אפי' כב' החזיק המקבל בקרקע יכול לחזור הנותן :

י"ז דין ט' והוא שוה יותר וכו' מרן הב"י כ' דמ"ש והא אסמכתא וכו' יתן לו שוה ממאתים במנה לאו למימ' דאם לא כן לא הוי אסמכת' אלא משו' דאין דרך להלוות על שדה שאינו שוה יותר וכן נר' דעת הרמב"ם שכ' אם תעשה כך וכו' אמכור לך וסתם אמכו' בשויו משמע עיין שם ואינו מוכרח שהרי כתבו התוספו' דס"ה ע"ב בד"ה לא וכו' דמסתמא איירי בלוקח בפחות משויו וכן משמע בגמ' דקאמ' דלאחר מתן מעות לא קנה אלא כנגד מעותיו עיין שם ואפשר דלכך פירש רש"י כן ועוד דמשום דרב הונא דאמ' מי קא"ל קני לגוביינא ס"ל דבשויו לא הוי אסמכת' פיר' כן למאי דס"ד הבל אנן קיימא לן כמר זוטרא ורבא דסביר' ליה דכל דאי אסמכת' אפי' בשויו ומכל מקום נראה דעת מרן לפסוק דאפילו בשויו הוי אסמכת' כדעת רוב הפוסקים וכנראה מדברי הרמב"ם וכן כתב בתשו' בספ' אבקת רוכל סי' דחילוק זה בטל עיין שם ואם כן הכא העתיק הטור והוא שוה יותר וכולי ולא חש שנטעה ומ"ש רמ"א וי"ח וכולי אינו מדוקדק :

י"ח הוי אסמכת' וכו' כתב הרשב"א בתשו' ח"ג סי' ס"ג וז"ל שאין אסמכת' אלא בתולה בדעת עצמו וכו' אבל בתולה בדעת אחרים ואומר אם תעשה כן או אם עשה פ' כן או אם לא יעשה פ' כתב אין בזו משום אסמכתא עיין שם משמע דגם בתנאי דקום עשה שייך אם תולה בדעת עצמו כגון אם אעשה דבר פ' אתן לך הוי אסמכתא וכן מבואר מדברי מרן הב"י בסימן ר"ו גבי האומר לחבירו כשאמכו' שדה זו אמכרנו לך וכו' וכתב מרן וז"ל וכן כתב הרמב"ם והוסיף דא"ל מעכשיו וכ' ה"ה וכן דעת רב האי וכו' וכן כ' בעטור בשם רבותיו ז"ל והוה משמע דטעמ' דבעי הרמב"ם דא"ל מעכשיו משום דאי לא אמר הכי הוי כמו קנין דברים אחר כך מצאתי שכ' בעל העיטור כ' רבוותא דוקא פסק וקני מניה בלי מעכשיו הא לאו הכי לא דקי"ל אסמכת' לא קניא וכו' ומסתב' דלאו אסמכת' היא דלא אמר מילת' יתירת' וכו' ולא בעי ביה מעכשיו מיהו קנין בעי וכולי וכן כתב רבי' האי בס' המקח שער ל"ז תדע שזה התנאי הוא מאותם הנקראים אסמכתא וכו' וכבר פירש בשער האסמכתא שלא תתקיים תנאי דאסמכת' אלא כגון שפי' בו מעכשיו וכמו כן צריך להתנות בזה התנאי ושיאמר המוכר ללוקח הקניתיך מעכשיו וכו' הרי דאפי' בתנאי דאם אעשה הוי אסמכת' אבל הריטב"א בחי' לע"א כתב וז"ל ואם תאמר והא אסמכתא היא ויש לומר בדאמר ליה מעכשיו אי נמי דליכא אסמכתא אלא באומר אם לא עשיתי וכולי עיין שם :

י"ט אבל אם אמר ליה וכולי תהיה שלי מעכשיו קנה כתב מרן הב"י דהרשב"א בתשוב' לא סבי' ליה כהרמב"ם לענין דאם קנה באחד מהדרכי' שקונים בהם אף על פי שלא אמר מעכשיו אם קיים התנאי קנה מיהו מסוף התשו' נראה שאם א"ל מעכשיו אף על פי שלא החזיק בדבר ההוא קנה ואם כן צריך לומ' דההיא דהלוהו על שדהו שאפי' לא מסרה לו בתור' קנין אלא למשכון בעלמ' עיין שם וכן כ' הרשב"א בהדי' בתשו' ח"ב סימן כ"ב וז"ל ומכל מקום אם אמר השואל בפסיקת הדמים מעכשיו וכו' אם לא החזרתי מכאן עד יום פ' מעכשיו יהא מכר וכו' אין כאן אסמכתא וכאותה ששנינו בפ' אז"נ הלוהו על שדהו וכו' דאלמא כל היכא דא"ל מעכשיו ליכא אסמכתא וכן כ' רב האי גאון בס' המקח ושלא כדברי ר"ת שכתב דמעכשיו לא מהני אלא בכעין דהלוהו על שדהו דהורידו על השדה מעכשיו וכו' ואין דבריו מחוורין ע"ש :

ך' וא"ל אם לא תפרעני עד ג' שנים וכולי אם מת הקונה או המוכ' בס' א"ז למליע' על דס"ו כ' וז"ל והא דקתני אם אין אתה נותן לי מכאן ועד ג' שנים הרי היא שלי הרי הוא שלו יש מי שפי' שאם מת א' מהם שוב אינו יכול לקיים תנאו וזכה הלוקח בקרקע דאתה ולא יורשך ולי ולא יורשי משמע כדאמרי' בנותן גט לאשתו ע"מ שתתן לי ר' זוז וכ"כ הרמ"ה ואין זה נכון חדא שלא נאמרו דברים הללו אלא בנותן גט או נותן מתנה דמדעתיה יהיב ומגרש דילמא קפיד כל תנאו שאינו רוצה לגרש או לתת מתנה אלא באותו לשון אבל כאן שהיה דרך מכר ובמה שקנס את עצמו אנן סהדי דליכא קנסא אלא כשלא באו המעות לידו או ליד יורשיו וכל שפרע המוכר או יורשיו ללוקח או ליורשיו זכה ולא עוד אלא דהא דקי"ל דיש טענת אונס בממון וכו' והתם מוכח דמיתה אונס היא ולכך כשמת א' מהם ואינו יכול לקיים תנאי אונס הוא ופטור וכן דעת רבותי והריטב"א ע"ש והביאו מרן בבדק הבית ונראה דה"ד התם שחייב את עצמו שאם לא יפרע חובו הרי הקרקע שלו אבל הטבה שעושה הלוקח מדעתו כשתביא לי מעות ביום פ' הרי קנוייה לך הוי כמו מתנה דאמרינן לי ולא ליורשיו אתה ולא ליורשיך וכן כתב הריטב"א בחי' לגיטין דף ל' דבממון טועני' טענת אונס ואומ' רבי' דוקא כשנתקיים התנאי מתוך האונס כגון האומר לחבירו שדי נתונה לך אם אבא מכאן ועד ל' יום ונתקיים התנאי שנאנס ולא בא בכי הא טוענים טענת אונס ומתנתו אינה מתנה ואפשר דהרמ"ה לא אמר אלא במתנה כמ"ש בתשו' סי' רמ"ב ויש מי שכ' דמדמה להו אהדדי לכך כ' וכן כתב הרמ"ה לאפוקי דלא נימא דוקא בגט דלצעורה קא מכוון והריטב"א דחה דל"ד למתנה וא"כ אפשר דהרמ"ה מודה הכא ודוקא דמתנה קאמר והטבה שהיא מדעתו דמי למתנה וכ"כ הרשב"ש סימן י"ב וכן הסכים ה' כנה"ג בתשו' בס' בעי חיי ח"א סי' ר"ז עב"ב וסיים הרשב"ש וכתב מיהו כל זה אינו אלא במי שאינו חייב מן הדין והוא מעלמו משתעבד ומתנה אבל במה שהוא חייב בו

מן

מן הדין כגון שיש עליו חוב לוה להמלוה ושעבד לו עצמו לפורעו לו ביום פ' ומת לוה או מלוה חייב לוה או יורשיו לפרוע למלוה או ליורשיו וכ"כ הרשב"א בתשו' וכו' ע"ש וכן טעמא דאונס כבר ה' בית יהודה סימן י"ד כתב דה"ד בחיוב שהוא תלוי ועומד ולא יתקיים אלא בקיום התנאי כגון הרי זה גטיך אם לא באתי מכאן ועד זמן פ' וכן במתפיס זכיותיו לב"ד ורוצה להפקיע זכותו בתנאי לכך צריך לומר דאם אירע אונס ולא נתקיים התנאי העמד הדבר על חזקתו הא' והאשה אינה מגורשת והזכיות יחזרו לבעלים אבל בכ"ד שהוא להפך שהקרקע עומדת ביד הלוקח ובא זה להוציאה מידו בתנאי אין להוציאה מיד הלוקח עד שיתקיים התנאי ואם נאנס מה בכך הא בעינן שיבאו המעו' ליד הלוקח כדי שיסתלק מן הקרקע דהו"ל כמכירה חדשה ולא שייך טענת אונס עיין שם וכן ראיתי לה' מהר"ם אלשיך סימן ל' שדקדק מדב' הר"ן האומר שדי נתונה לך אי לא מפייסנא לפ' ופייסיה בכל מה שבידו לעשות ולא נתפייס פטור דאונס הוא וכ"כ הריב"ש בשם הרמב"ן דאמאי קאמר שדי נתונה לך אם לא מפייסנ' וכו' לאשמעי' רבותא דאם אמר שדי נתונה לך או חוב מחול לך אם תעשה כו"ך ונאנס ולא עשה דהמתנה קיימת והחוב מחול אלא ודאי דלא אמרי' הכי אלא לפטור עצמו מחמת האונס ממה שקבל עליו אבל לזכות ע"י האונס במה שלא היה בו זכות לא והביא עוד ראיות עש"ב וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סי' שכ"ח וז"ל דהתם עיקר המעשה על תנאי הוא עומד ובהתקיים התנאי בטל המעשה וכיון שזה נאנס בקיום התנאי רואין את התנאי כאלו נתקיים ותולין באונס שמא אם לא נאנס היה מקיים תנאו ומתוך כך ממון בחזקת בעליו הא' וכן האשה בחזקת בעלה וכן כולם תמצאם לעולם עכ"ל גם הר"ן בפ' האומר דקידושין וז"ל ולענין מקדש על תנאי ונאנס ולא קיים תנאו שנחלקו בה מצאתי בירוש' פ"ק ר' אביהו בשם ר"י וכולי אונס כמאן דלא עבד רשב"ל מדמה לה למגרש ומתנה אם לא באתי וכו' וה"נ אונס כמאן דעבד ור"י סבר דל"ד דהתם אין הדבר תלוי אלא בו ואינו גומר לגרש אלא אם יעבור על תנאי ברצון אבל באונס לא אבל הכא שאין האשה מתקדשת אלא מדעתה הרי אינה מסכמת בקידושיה אלא אם כן יקיים תנאו אבל כל שלא נתקיים אע"פ שנאנס אינה מתרצה בקידושין ומשמע דקי"ל כר"י וכו' עכ"ל הרי דר"י ס"ל דלא מהני טענת אונס אלא בדבר שאינו תלוי אלא בנותנה בו אבל במקדש על תנאי כיון שאין האשה מתקדשת אלא מדעתה אם אינו נתקיי' התנאי אע"פ שנאנס אינה מתרצה בקידושין וקי"ל כוותיה ה"נ נותן על תנאי שתלוי בדעת הנותן כל שלא קיים המקבל התנאי אע"פ שנאנס אינו חייב להחזיר לו הקרקע וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סימן רכ"ט במוכר על תנאי שאם יתן לו ג' מאות דינרים לזמן פ' תתבטל המכירה ואם לאו תהיה קיימת מעכשיו וטען המוכר שבא בתוך הזמן לתת לו הג' מאות ושיחזי' לו כרמו ולא רצה וז"ל אפילו לפי טענתו לא קיים תנאו שהרי לא נתן ואת"ל שהוא אנוס כשלא רצה בע"ד לקבל ויש טענת אונס בממון זה אינה טענה אחד שאין אני רואה כאן שום אונס כי מי אנסו שכשעמד שם לא זרקם לו בתוך חיקו או לתוך חצרו או לתוך ד' אמותיו כדינו וכל שהיה בפניו אין כאן אונס וכולי ועוד שלכאורה זה שטוען שאם לא יתן תוך הזמן שתתבטל המכירה ואם לאו שתהיה מקויימת מעכשיו הרי זה כענין בית בתי ערי חומה שגואל בתוך י"ב חדש דודאי כל שמוכר הבית בבתי ע"ח הדין נר' כמתנה בפי' שעל תנאי כן הוא מוכר וכבר שנינו שם שהיה נטמן כל י"ב חדש כדי שיהא חולט לו וכו' וכשהתקין הלל בבית ע"ח הוא דתקן הא בעלמא לא תקן כדאיתא בפ' מי שאחזו ועד שיתן לו ממונו לא נתבטל מכירתו וכ"ש למ"ד נתינה בע"כ לא שמה נתינה וכו' הרי דס"ל דאם לא קיים תנאו אפילו באונס מצד חבירו נתקיימה המכירה :

ושו"ר להרב בני חיי סימן ל"ט שהוכיח כן ולא זכר דברי הרשב"א והר"ן ושאר אחרונים שכתבתי וכן פסק הרשב"ש הביאו מרן הב"י א"ה ר"ס ל"ח וכן פסק מהרלב"ח ומהר"ם אלשקר הביאם הכנה"ג שם ועי' בתשו' מרן אח"ה סי' ג' ומהר"ש הלוי בתשו' שם ודחה דברי הר"ן עיין שם באורך ולא ראה תשוב' הרשב"א שכתבתי דאם ראה אותה לא היה כותב כך ועיין בס' בתי כהונה ח"א בבית ועד סי' ע"ז וכ"ש בהשבה דגוף והפירות הוי ללוקח עד הזמן שיביא לו המוכר המעות שהיא כמכירה חדשה ועיין בתשוב' הרשב"ש סימן ת"ב וסימן ת"ג :

וראיתי להרב צמח צדק סי' ע"ל על ראובן שנתקשר עם שמעון בתנאי נישואין לזמן על בתו ואירע אונס באותו זמן שכת' אף על גב דטענת אונס מהניא ה"ד אם חייב עצמו בדבר אם לא יקיי' תנאו בזמנו או שיאבד זכותו ונאנס דפטור אבל לחייב חבירו לא מהני האונס שלו לחייב חבירו וכה"ג כתב הב"ח בסימן כ"א בקידושין על תנאי מיהו כל שלא נתקשר עם אשה אחרת חייב ושאני קידושין עיין שם באורך ולא זכר מ"ש הט"ז בי"ד סימן רל"ו דאיש ואשה שנשבעו לישא זה את זה ואירע אונס באותו זמן לא' מהם לא בטלה השבו' כיון שאין הדבר תלוי רק ביומין והש"ך בס' נה"כ שם הסכי' דאין דאפילו בתנאי דזמן פטור עיין שם ובח"מ סי' כ"א סק"ג וכבר כתבתי תשו' הרשב"א דאפי' בתנאי לזמן לא מהני טענת אונס לחייב חבירו מיהו ראיית הרשב"ש דאמרי' לו ולא לבנו מדאמרינן בפרק המוכר את הבית בן לוי שמכר שדהו לישראל וא"ל ע"מ שמעשר א' שלי מעשר א' שלו ואם א"ל לי וליורשי מת מחזיר ליורשיו וכו' אלמא כל שלא אמר לי וליורשי אין ליורשי' זכות וכן בכ"ד וכן דנתי בפני א"א הרשב"ץ מראייה זו והודה לדברי וכולי עיין שם לא מכרעא שהרי כתב הרשב"א בתשוב' חלק שני סימן ס"א וז"ל וכבר ידעת שכל מה שזכה הזוכה בין במתנה בין במכירה זכו אחריו יורשיו וכו' אבל יש דברים שאינם באים דרך מתנה ומכירה אלא דרך תנאי וכו' וזהו שנחלקו בו רשב"ג ורבנן וכו' אבל האומ' לחבירו שדה זו נתו' לך במתנה ע"מ שתתן לי ר' זוז ומת ראו' בניו נותנים לאחר מיתה שלא היתה הקפדה שיתן הוא אלא שיתנו לו וכו' וכן מה שלא זכה בו האב בחייו לא זכו בו בניו אחריו כגון האומר שדה זו נתונה לך במתנ' ע"מ שתתן לי בכל שנה מנה הרי זה נותן לו כל ימי חייו דתתן לי קאמר מת אינו נותן ליורשיו בשנים הבאות אחריו אבל כל מה שנתחייב כל השנים שמכרו בחייו ואם מת האב ולא קבל בחייו נותן הוא לבניו וזה הוא ששנינו בברייתא' בפרק המוכר את הבית גבי בן לוי וכולי עכ"ל משמע דבאומר בע"מ שתתן לי מנה בכל שנה אם מת אינו נותן ליורשיו אפילו למ"ד לי וליורשי מודה בהא וכן כ' בהדיא בפרק המוכר את הבית גבי בן לוי הובא בס' א"ז שם וז"ל וא"ת מ"מ כיון ששיירו למעשר וזכה בו הוא אף יורשיו כן דהא לא קבע זמן ואין לדחו' ולומ' דאתיא כמ"ד לי ולא ליורשי וי"ל דאפילו מ"ד גבי ע"מ שתתן לי

לי ר' זוז לי וליורשי הכא מודה דהכא שאני דלא שייך דבר קצוב אלא פירות היוצאים בשדה שנה שנה והאומר על מנת שתתן לי מנה בכל שנה לא התנה לו וליורשיו אלא לימי חייו וכו' עיין שם הרי דאפי' מ"ד לי וליורשי ה"ד בדבר קצוב אבל בההיא דבן לוי לכ"ע אמרינן לי ולא ליורשי ואם כן אין ראייה דאמרינן גבי הטבה לי ולא ליורשי מההיא דבן לוי וכולי דהתם שאני דהוי דבר שאינו קצוב אבל בעלמא אימא לי וליורשי משמע גם רשב"ם שם כתב הטעם דלא זכו בניו אחריו דכיון דמשו' יתור לשון הוא דאמרי' דשייך מקום מעשר די לנו דאהני יתורא למה שפי' דהיינו לעצמו ע"ש וגם לדעת הרמב"ן נמי דכמו דמשייר לו דבר מסוייס זכו יורשיו ה"נ מתחייב לאחר דבר מסויים זכו יורשיו שהרי כת' הרשב"א בתשו' סימן ש"א וזה לשונו והטענה הג' שלא מכרה לאה ולא נתנה דינה אלא לרחל כלומר כל זמן שתבנה היא בחייה אבל לא שיבנו הבאים מכחה לפי שלא כתב לה ולבאי' מכחה גם זו טענה בטלה היא וכו' שכל מה שזכה הזוכה בין במתנה בין במכירה זכו יורשיו אחריו וכולי עיין שם ומהרח"ש בתשו' בס' פרח מטה אהרן ח"א סי' ח' כ' בא' שנתן לו רשות חבירו לפתוח חלונות על רשותו וקנו מידו ומת דזכו יורשיו לפתוח הם החלונות דל"ד להא דהרי זה גטיך על מנת שתתן לי ר' זוז דלרבנן אמרי' לי ולא ליורשי דשאני התם דא"ל מסתמא בדוקא אתני משום דהוא צריך להו אבל מי שנתן מתנה לאחר בקנין ועדיין לא הגיע ליד המקבל והיא ביד הנותן אף ע"פ שמת המקבל זכו יורשיו במתנה דל"ל בהא קפידא כדמשמ' מדברי הרשב"א בתשו' טעם הדבר והסכים עמו הרב המחבר סי' ט' דדבר המסויים זכו בו יורשיו. עש"ב וה' בית דוד סי' קנ"ד הק' עליו דמה ראייה מהרשב"א אימא דהתם מיירי שכבר החזיק המקבל בשדה וזכה בו ולא נשאר רק התנאי של מאתים זוז ונדחק בלשון הרשב"א האומ' לחבירו שדה זו נתונה לך וכו' משמע דמיירי שעדיין היא ביד הנותן ואין שם רק אמירה בעלמא ע"ש ואינו צריך דראיית מהרח"ש היא דלא אמרינן לי ולא ליורשי אלא מטעם דמסתמא בדוקא אתני דהוא צריך להו אבל הנותן מתנה לחבירו אפילו לא באה המתנה ליד המקבל זכו יורשיו כמ"ש הרשב"א בנותן מתנה על מנת שתתן לי ר' זוז ומת מקבל מתנה ולא קיים התנאי דבניו נותנים לו משו' דלא היתה הקפדה שיתן הוא אלא שיתנו לו דלא קפיד אלא על עצמו דצריך לה והכא נמי מתנה לאחר ומת המקבל זכו יורשיו אחריו וכבר כתבתי דברי הרשב"א בנותן רשות לחבירו לבנות ולהכביד על כותל ביתו דאפי' לא בנה בחייו זכו יורשיו לבנות אחריו דכל מה שזוכה במתנה זכו יורשיו אחריו ולא אמרי' לי ולא ליורשי אלא בתנאי וצ"ל ראייה דהא קי"ל בסימן קכ"ה ס"א ראובן שאמר לשמעון הולך מנה ללוי שאני נותן לו מתנה והלך שמעון ליתנו ללוי ומצאו שמת אם בריא היה הנותן ומת בחיי המקבל יתן ליורשי המקבל דמצוה לקיים דברי המת וכו' ולפיכך כשמת בחיי המקבל זכה בו המקבל והורישו לבניו וכו' אלמא אפי' לא זכה מן הדין אלא משו' מצוה לקיים דברי המת ולא הגיע ליד המקבל זכו יורשיו וכל שכן אם זכה בה בקנין מן הדין דאפילו לא הגיע ליד המקבל פשיטא דזכו יורשיו אחריו ואם כן ה"נ בהטבה שחייב עצמו בדבר מסויים לחבירו א"ל דזכו יורשיו אחריו וכן ראיתי למהרח"ש ח"א סי' ל"ד דמסתבר כן ומהרימ"ט סי' מ' כתב דלא אמרינן לי ולא ליורשי אלא לגבי תנאי שאינו חיוב ולא זכייה כגון האומר הרי זה גטיך ע"מ שתתן לי מאתים זוז דאינו חיוב דלאה אינה נותנת אלא שהוא תנאי מבטל הגט תדע מדאבעיא לן בפ' מי שאחזו אי נתינה בע"כ שמה נתינה אי לא וא"א דחייבת ליתן פשיטא דהא קי"ל פירעון זוזא זוזא הוי פירעון והא דאמרי' בפרק מצות חליצה וכו' אבל בכל חיוב דעלמ' שמתחייב אף במה שאינו חייב אף על גב דאמ' אני מתחייב לך אם מת חייב ליתן לבניו ולא אמרי' לך ולא ליורשיך וכן אם מת המתחייב יורשיו פורעין עיי"ש והכא נמי מקנה לחבירו קרקע בקנין לכשיביא לו המעות א"ל דהוי כחיוב וזכייה דאם מתחייב ליתן ליורשיו ולא אמרינן לך ולא ליורשיך וכן אם מת המקנה חייבי' יורשיו וכ"כ הרדב"ז חלק שני סימן תקל"ב דזכו היורשים דל"ל למוכר רצה לעשות טיבה זו ולא לבניו דהגע עצמך ראוב' שנתחייב בקנין לשמעון במנה ומת שמעון מי לא יגבו יורשיו מנה זה עיין שם:

וראיתי לה' מנחת יעקב בתשו' סי' ז' שכתב וז"ל ואם ירצה הבע"ד לחלוק דוקא אם מקנה המוכר תנאי ע"מ שתחזיר לי אמרינן דלי ולא ליורשי משא"כ בנותן או מרצ' דבר טובה דאחרי' אמרינן דלו וליורשיו קאמר זה אינו דאדרב' דע"כ לא פליגי רשב"ג ורבנן דמ"ס דלי וליורשי ומ"ס דלי ולא ליורשי אלא במתנת עצמו דאמרינן בעין יפה התנה ולי וליורשי קאמר אבל התנה טובה דאחרים אמרי' דכ"ע מודו דלו ולא ליורשיו קאמר וראייה לזה מה דאמרי' בפ' הכותב כתב לה נדר ושבועה אין לי עליך משביע הוא את יורשיה וכן הדין לענין נאמנות וכו' עש"ב וכן פסק מהרש"ך ח"ב סי' ל"ב במת המתחייב דאין יורשיו חייב להחזיר הקרקע למוכר דאמרינן לי ולא ליורשיו ומה"ט אמרינן בפ' הכותב גבי נדר ושבועה אין לי עליך וכולי אבל יורשיו משביעין אותה וכולי ע"ש ולא ראו מ"ש הרשב"א ח"ב סימן ש"א וז"ל והטענה הג' שטוען שלא מכרה לאה ולא נתנה דינה אלא לרחל כלומר כל זמן שתבנה היא בחייה אבל לא מה שיבנו הבאים מכחה לפי שלא כתב לה ולבאים מכחה גם זה טענה בטלה היא שהוא רצה לדמותה לאותה ששנינו בפ' הכותב נדר ושבוע' אין לי עליך אינו יכול להשביעה אבל הוא משביע את יורשיה ואף הבאים ברשותה וכולי וזה אינו כלום וכולי שכל מה שזכה הזוכה בין במתנה בין במכירה זכו אחריו יורשיו וכולי אבל דרך תנאי או דרך אמנה שאדם בוטח ומאמין ומפקיד אצל א' ואין מאמין ומפקי' אצל א' ובענינין אלו אין לו' מה שעוש' עם האב עושה עם הבן וזה היא משנתינו דפ' הכותב שאם האמינה האשה שהיא בחזקת נאמנת אללו לא האמין את יורשיה ולא הבאים מכחה שאינן נאמני' ובדוקי' אללו בדבר זה וכן מי שהפקיד וכולי ע"ש הרי שכתב דכל מה שזוכה במתנה זוכה אחריו יורשיו אבל נאמנות לא אמרי' הכי דאי האמין לזה בדוק אללו לא האמין לאחר שאינו בדוק אללו כמו במפקיד ומהר"י עייאש בס' בני יהודה סימן ע"ט כ' על ראובן שהשכיר חנות לשמעון למשך עשר שנים ודר בה שמעון שנה א' ומת נראה דלא אמרי' לי ולא ליורשי אלא בתנאי אבל בדבר שאינו תנאי ודאי כשהקנה לו בין לו בין ליורשיו והדתנן כ' לה נדר ושבועה אין לי עליך וכו' דליכא תנאי ואפ"ה משביע ליורשיה או יורשיו משביעין אותה התם נמי כעין תנאי דמן הדין חייבת שבועה והוא בא לפוטרה משום חיבת נשואין הוי כאלו התנית' עליו ע"מ שלא תשבע לו ואין לך אלא מה שפי' עיין שם וגם הוא לא ראה דברי הרשב"א דס"ל מי שזוכה הוא זכו יורשיו אחריו דוקא בתנאי הוא דאמרי' לי

לי ולא ליורשי ומתני' דפ' הכותב שאני דדרך אמנה היא דלא האמין אלא לאשה שהיא נאמנת אצלו ואין יורשיה נאמנים אצלו ולא משום דתנאי ואם כן ה"נ בשכירות דזכייה הוא ולא תנאי ודאי דזכו יורשיו אחריו :

כ"א כתב הרשב"א בתשו' סימן אלף ובח"ב סימן רס"א בנותן מתנה ע"מ להחזיר לי דלמ"ד בע"מ שתתן לי נותן ליורשיו דלי וליורשי משמע ה"נ מחזיר ליורשיו וכתב ה' כנה"ג בסימן זה ובתשובות ר"ז נראה מדבריו דס"ל דהלכה כרשב"ג דאם לא כן מה לריך לומר ולמ"ד וכו' כיון דאין הלכה כן ויש לתמוה דבתשו' הרשב"א שהביא מרן הב"י סי' זה מבואר דפסק כרבנן ע"ש וה' משאת משה בשניות סימן י"ט כתב דלא דייקי' דלי ולא ליורשי אלא לגבי גט דלגעורה קא מכוון אבל לגבי הטבה דלהנאת מוכר הוי לא כמ"ש המבי"ט והוכיח כן מתשו' הרשב"א זו דבמתנה ע"מ להחזיר כיון דהתנאי הוי להנאת הנותן לו וליורשיו קאמר עש"ב וליתא דבעל התרומו' סוף שער ב' כ' דמתנה ע"מ להחזיר אם מת הנותן מחזיר המקבל ליורשיו אם אמר לי אבל אם אמר לי משמע לי ולא ליורשי כדאית' בפ' מי שאחזו ולא קיים התנאי ע"ש אלמא אפי' התנאי להנאת הנותן אמרי' לי ולא ליורשי וכן הרשב"א שכ' ולמ"ד וכו' משמע דלמ"ד התם לי ולא ליורשי ה"נ דכוותה כמ"ש ה' כנה"ג וה' משנה למלך פ"ג מה' זכייה הביא דברי בעה"ת וגמגם דשאני התם דמלת לי מיותרת דהו"ל למימר ע"מ שתתני אבל הכא דלי דהא ראוי לי קאמר מנ"ל לטפויי לי ולא ליורשי כמי ע"ש ולפי מה שהבין ה' משאת משה דאפשר דהרשב"א לא מטעמיה דהמבי"ט אלא דלגבי מתנה ע"מ לסחזיר לא דייקי' לי ולא ליורשי משום דלי אילטריך דראוי לי קאמר אבל ל' הרשב"א משמע דלמ"ד התם לי ולא ליורשי משמע דה"נ במתנה ע"מ להחזי' וכן הבין ה' משנה למלך שם דברי הרשב"א כבעל התרומות ע"ש :

כ"ב אם אמר ליה ולבני ביתו הוי לאפוקי כאו דבני ביתו יורשיו כמ"ש התוס' בפ"ב דגיטין גבי על מנת שלא תלכי לבית אביך וכו' מהר"י וויל סי' יו"ד ע"ש ואם אשתו בכלל בני ביתו זה מחלוקת רש"י והתו' בברכות דף כ"ד בד"ה והתניא וכו' ובספ' ערך השלחן א"ח סימן רל"ו הוכחתי דאשתו בכלל בני ביתו וכן כת' הפר"ח שם מהירושלמי ע"ש :

כ"ג שני שותפין בחזקה וא' מהם מכר חלקו לחבירו ע"מ שלא יוליאנו מן הבית כ' רבי' בצלאל בתשובו' סימן ל"ד באחד ששכר בית מהגוי בתנאי שלא יקבל עליו תוספת ושלא יוליאנו ממנו בע"כ וז"ל מיהו ודאי דלראובן עלמו הדין כן מיהו השתא דמת א"ל דלא התנה כן עם השוכר עלמו בעודו קיים ולא ליורשיו תדע שכתב הריב"ש סימן רכ"ז וז"ל כל מי שמוכר או נותן לאחר ומשייר במכירתו או במתנתו איזה דבר לעלמו אם משייר דבר ידוע ומסויים כגון שנתן שדה ושייר אילנות וכו' בכגון זה יורשיו כמוהו וכולי (אמר המגיה עד כאן מלאתי) :

כ"ד כתב מהרש"ך ח"ד סימן ל"ב על שטר הטב' שנתחייב ראובן לשמעון לחזור ולמכו' לו הקרקע ואחר מיתת שמעון קרע האפטרופוס השט' דאינו חייב כמו דשורף שטרו של חבירו דאפשר שלא היה כתו' בשטר לשמעון ולבאי כחו אלא נתחייב לחזו' ולמכו' לשמ' וא"כ לא נתחייב למכור אלא לשמעון ולא ליורשיו דקי"ל כת"ק דלי ולא ליורשי כיון שהוא ספק אם כתוב בשטר שנתחייב לו ולבאי כחו פטור האפוטרופוס דאין מוליאין ממון מספק עיין שם ואיברא שכן מבואר בסימן שפ"ו דשורף שטרותיו של חבירו אם לא יודע מה היה כתוב בשטר פטור אבל בנדון דידן דפלוגתא דרבוות' היא אם לי ולא ליורשי בשטר הטבה באנו למחלוקת האחרונים אי בספק ספיקא מוליאין מיד המוחזק הכא דהוי ס' ספיק' שמא כתוב בשטר לו ולבאי כחו ואם תמלי לומר שלא היה כתוב אלא נתחייב לשמעון שמא הלכה כהריטב"א ורבותיו דהכא אמרי' לי ואפילו ליורשיו ולדעת מהריב"ל והנמשכים אחריו מוליאין מיד המוחזק בספק ספיקא וכן דעת מהרש"ך עלמו בתשו' אחרות ועיין בהכנה"ג סימן כ"ה הגהב"י אות ע"ה :

כ"ה כתב הרמ"ה בתשוב' סימן רמ"ב על ראובן שנתן מתנה לשמעון על תנאי שיתן ללוי מאתים זהובים ומת שמעון וז"ל ואפי' לא קבע זמן ראו' לאותם התנאים אלא שתלה קיומם בשמעון בלואתו ע"מ שיתן שמעון כך וכך או שיעשה כך וכך ולא יספיק קיום אותו באחר אחר מותו וכו' ואפי' שיהא הבא מכח שמ' באותו ממון רולה לומר מי שקנה או שירש ממנו אינו נכנס במקומו בקיום אותו תנאי כמו שאלו אמר ראובן ע"מ שיתן שמעון ר' זהובי' ללוי ומת לוי קודם שיתנם לו לא היה נכנס נתינת' לבני לוי במקום נתינתם ללוי כמו שיתבאר. ממ"ש הרי זה גטיך ע"מ שתתן מאתים זוז וכו' והלכה כרבנן שאמרו לי ולא ליורשי וכן נאמר ג"כ במה שהתנה בזאת הלואה על מנת שיתן שמעון או שיעשה שמ' ונאמר ששמעון ולא הבאים מכחו וכו' עכ"ל מבו' דס"ל דאפילו בתנאי שיתן לאחרים אמרי' לי ולא ליורשי אתה ולא ליורשיך וה' מח"א הלכות זכיה ומתנה סימן כ"ב כ' דאם התנה על מנת שתתן לפ' ר' זוז ומת המקבל גם הרשב"א מודה לרוות' מכוון וכיון שמת לא אלטריך וכ"כ המרדכי בפרק מי שאחזו עיין שם והלוקח נמי הוי כיורש ומהר"א די בוטון בספ' לחם רב סימן קמ"א כתב דאף על גב דאמרינן לי ולא ליורשי אפשר דהלוקח מיורש הוי כהוא עלמו שהוא שלוחו ושלוחו כמותו עיין שם ובדברי הרמ"ה מבואר דגם מי שקנה ממנו אינו נכנס במקום בקיום התנאי וכן מלאתי להרא"ח ח"א סימן פ"ח על שטר שכתוב בו שנתתי לו רשות להשתמש בחלר לכל הלריך לו וכו' אמנם אם ימכרנה או ישכירנה לאחר אין לשוכר ולא לקונה רשות להשתמש בחלר וכתב וז"ל אם באנו לדון מדאילטריך למעט המכירה לאחר ש"מ שהירושה של היורש בכלל הזכות וכו' דאין לומר מכירה אילטריכ' להו דעדיפא טפי מהירושה שהקונה בא מכח המוכר והוי כשלוחו שהרי הריב"ש כשבא לידון על המוכר דן ק"ו מהיורש וכו' משמע דיורש עדיף וכו' אמנם יש מי שחולק בזה מהר"י וויל בתשו' סי' יו"ד כתב וכו' שלדידיה מכר עדיף מירושה שלא כסברת הריב"ש וכולי אלא שאין זה מוכרח מדברי ה' וכו' עי' שם באורך הרי דיורש עדיף ממוכר וגם מהר"י וויל אפילו נימא דסבירא ליה דמכר עדיף מירושה אפשר דמודה דאמרינן לי ולא ליורשי ולא ללוקח דלי דוקא משמע ותמהני דהא קיימא לן דרשות יורש אינו כרשות לוקח כדאמרי' בסוף פ' הגוזל עלים לענין מעשר דלוקח ומקבל מתנה פטור אבל יורש חייב דלא חשיב שינוי רשות וכאלו הם ביד האב דמי וכן פסק הרמב"ם וכן קי"ל בסוף סימן שנ"ג וסימן שס"א לענין גזל דלא נקרי שינוי רשות אלא במוכר ונותן אבל אם מת והורישו לבניו לא דרשות יורש לאו כרשות לוקח וכן לענין אם לא כת' הלוה למלוה דאקני וקנה ומכר אינו טורף מלקוחות אבל אם קנה והוריש גובה משו' דרשות יורש

יורש כרשו' לוה דברא כרעא דאבוה כמבואר בסי' קי"א עיין שם בהסמ"ע סקל"א אלמא יורש כהוא עלמו דמי ועדיף מלוקח וכיון דאמרי' לי ולא ליורשי כ"ש דממעטי' לוקח דרשות אחר הוא וכן גבי עבד עברי שאם מת האדון והניח בן עובד הבן אבל אם לא הניח בן אינו עובד לא את הבת ולא את האח כמו שפסק הרמב"ם ספ"ב מהלכות עבדים וכת' מרן הכ"מ בשם רלב"ג בפ' משפטים דמתבאר מזה שאין האדון שליט למכור עבדו או לתתו לאחר עיין שם הרי דלוקח ומקבל מתנה גרע מבן והוי כשאר יורשים ואם כן אף שכ' מהרא"ח סי' ס"ו וסי' פ"ח דלא פליגי רבנן אלא דוקא בשאר יורשי' אבל בבן דכרעא דאבוה הוא לכ"ע לי ואפילו ליורשי קאמר עיין שם הכא נמי אמרינן לי ולא ללוקח ומקבל מתנה וכל שכן למאי דקי"ל דאמרינן לי ולא ליורשי אפי' לגבי בנו דודאי אמרי' הכי לגבי לוקח דהא גבי עבד לא ממעטי' בנו וממעטי' שאר יורשים ולוקח וכה"ג תנן בפ' הכותב נדר ושבועה אין לי עליך משביע את יורשיה ואת הבאי' ברשותה דהיינו לוקח עיין שם אבל מה שסובר הרמ"ה התם דגם בתנאי שיתן לאחר אמרי' לי ולא ליורשי אתה ולא ליורשיך הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סי' ר"ז כתב דרבנן דאמרי בע"מ שתתן לי לי ולא ליורשי היינו משום דמסתמא בדוקא אתני דהוא צריך לו אבל האומר לחבירו שדה זו נתונה לך במתנה על מנת שתתן לי ר' זוז ומת בניו נותני' לו לאחר מותו שלא היתה הקפדה שיתן הוא אלא שיתנו לו עכ"ל ונראה דמחלק בין מת הנותן למת המקבל דהמתנה אינו מקפיד שיתן לו המקבל עלמו אלא מקפיד שיתנגו לו המעות ולי ולא ליורשי אמרי' אתה ולא ליורשיך לא אמרי' ולא נתקיים התנאי כשנותן המקבל הממון ליורשי הנותן אבל כשמת המקבל ונתנו יורשיו הממון לנותן נתקיים התנאי וכן הבין הרב בית דוד סימן קכ"ד עיין שם ואם כן הוא חולק על הרמ"ה בחדא דלא אמרי' אתה ולא ליורשיך אבל בלי ולא ליורשי אפשר דאפילו בתנאי שיתן לאחר אמרינן דדוקא קתני שיתן לו דהוא לריך אבל ראיתי להרב כרם שלמה סימן ס"ט שכת' תשו' מהר"ס סימן קל"ו דדוקא לגבי נפשיה הקפיד אמרינן לי ולא ליורשי משא"כ כשהתנאי הוא ליתן לאחרי' אפי' לבניו או לבנותיו וזה נר' דעת הרשב"א דדוק' לגבי נפשיה קפיד ומתני בדוק' שיתנו לו ולא ליורשיו אבל כשמתנה ליתן לאחרים לא קפיד ע"ש וא"כ הרמ"ה פליג על מהר"ס והרשב"א ומהר"י עייאש בס' בני יהודה סימן ע"ט פי' דברי הרשב"א בע"א ואינו נוח לי :

כ"ו כתב מהרא"ח סי' ס"ו וסי' פ"ח דה"ד בשא' יורשים אבל בבן לכ"ע דלי ואפי' ליורשי קאמר דברא כרעא דאבוה וא"ל דה"ה בן הבן דבני בנים הרי הם כבנים וזה נכון אלא שלא פי' הגדולים עיי"ש ובפ"ז תנן גבי שדה אחוזה הקדישה וגאלה אינה יוצאה מידו ביובל גאלה בנו יוצאה לאביו וכו' ותניא לאיש אחר להאר ולא לבן ה"א לאחר ולא לבן או אינו לאח' ולא לאח כשהוא אומר איש הרי אח אמור הא מה אני מקיים לאחר ולא לבן ומה ראית לרבות את הבן ולהוליא את האח מרבה אני את הבן שכן קם תחת אביו לייעדה ולע"ע וכו' ומסקי' דבת כאחר דמי' וכן פסק הרמב"ם בפ"ד מהלכו' ערכין עיין שם אלמא הבן במקום אב ולא הבת ואפילו היא יורשת אבל הא ליתא דבפ"ק דקידושין די"ז תניא ועבדך שש שנים לך ולא ליורש א"א לך ולא לבן כשהוא אומר שש שנים יעבוד הרי לבן אמור וכולי אלמא אי לאו רבוייא לך ולא לבן משמע וגבי נרלע ונמכר לגוי ממעטי' אפילו בן ע"ש אבל ראיתי למהרימ"ט שם שכ' וז"ל ודרשו בספרי והיה לך עבד עולם עולמו של יובל מכאן אתה אומר ע"ע עובד את הבן ואינו עובד את הבת נרלע אינו עובד לא את הבן ולא את הבת ומלך דריש לך ולא לבן והכא יליף מועבדו ולא את הבן ונראה דתרווייהו לריכי דאי לא כתיב אלא חד מנייהו הא' ולא ליורשו אף על גב דגבי ע"ע אי לאו דדרשי' שש שנים יעבוד דמשמע עובד את הבן הוה דרשי' ועבדך לגמרי לך ולא לבן ודאי בלא גילוי הכי משמע לך ולא לאחרי' ל"ש בן ול"ש בת אבל לבתר דגלי לן קרא דלענין עבודה חלק הכתוב בין הבן לשאר יורשין כי מיעט רחמנא בנרלע ועבדו לא ממעטי' אלא בת דוקא וכו' לכך אילטריך קרא אחרינא דכתיב והיה לך עבד עולם לך ולא לבן וכו' ע"ש אם כן א"ל דגבי ע"ע לא לריך קרא לרבות הבן אלא משום דהוה ילפינן מאמה העבריה בהיקשא ונרלע דכתיבי תרי קראי למעט אפי' בן אבל בעלמא לא ממעטי' אלא שאר יורשים והכא נמי לכ"ע אמרינן לי ואפי' ליורשי בבן ואפי' בבן הבן וכן בעבד עברי לא ממעטי' בן הבן אלא דוקא בת ושאר יורשים אבל הא ליתא דאם כן נמכר לגוי דילפי' מוחשב עם קונהו דאינו עובד אפי' הבן מנ"ל אימא דלא ממעטי' אלא שאר יורשי' ושוב ראיתי לה' כנסת הגדולה בתשו' חי"ד סימן רכ"ז שכת' דעבד עברי עובד את הבן דוקא ולא בן הבן דהרי הבת יורשת במקום שאין בן והאח במקום שאין בנים ואין עבד עברי עובדם דגזירת הכתוב דוקא לבן ע"ש :

כ"ז אם אמר מעתה ועד עולם משמע אפי' ליורשיו כדמוכח מתשו' הרא"ש שהביא הטור סימן רמ"ח וכן הסכים הרב שמחת יום טוב סימן ל"א דקי"ז ע"ד ודחה דברי הרב פמ"א עיין שם וכן מבואר בתשו' מהרש"ך חלק ב' סי' פ"ה שבסוף ע"ש ועי' במהרא"ד"ב סי' ל"א והרב קהלת יעקב דקמ"ט כ' דמדברי הרמב"ם בפרק ו' מהלכות מעשר נראה דל' לעולם אין יורשים בכלל וכן יש ללמוד מתשו' הרא"ש שהביא מרן סי' זה עיין שם באורך :

כ"ח כתב הרשב"ש סי' י"ב וזה לשונו ועוד מטעם אחר דאמרינן וכו' וזה כיון שמוליא בה תוספת על הסך הראשון אינו מוכרת למכור לו עי' שם ודבריו תמוהים דה"ד באומר כשאמכור וכו' כמבוא' בסי' ר"ו עיין שם אבל בהטבה כשהיא לו מעות יחזירנה לו ודאי דחייב למכור לו אפילו מנה ביותר :

כ"ט דין י"א קנה זה הערבון וכולי אבל רא"ן בתשו' סי' ה' פסק דלא קנה הערבון אא"כ א"ל מעכשיו עיין שם וכן כתב ה' חוקות הדייני' סימן ק' שכן דעת הרי"ף ורש"י והרמב"ן ומורי וכן עיקר עיין שם :

ל' הרב משפט לדק חלק ב' סי' ע"ט גבי אסמכת' להקדש הביא תשו' מהרש"ך ומהרשד"ס שכת' דכיון דאיכא פלוגת' אם יש אסמכתא להקדש לא מפקי' ממונא וכ' ע"ז וז"ל ונאמר דלא כ' מהרשד"ס ומהרש"ך אלא כשאותו שהעמידו עליו הקנס הוא מוחז' ולריך להוליא מידו דודאי אחר דאיכא פלוגת' דרבוותא יכול המוחזק לומר קיימא לן כהפוסקים המסיעי' אותו וכולי ודייק ל' מהרשד"ס שכתב להוליא ממון אבל בכ"ד שהיו הנכסים ביד שליש מופקדים ושעבדם לקנס וכשבא הגזבר לתבוע הוליאום הב"ד מיד השליש א"כ שמעון אינו מוחזק בהם כדי שנוכל לומר קיימ' לן דודאי שאף מהרשד"ס ומהרש"ך יודו דזכה ההקדש כסברת הפוסקים כן דהוי רוב בנין וכולי

וכולי עיין שם הרי דס״ל אין בעל הנכסים יכול לומר קי״ל כשהם ביד שליש דלא מיקרי מוחזק והביאו הרב כנסת הגדולה בסימן כ״ה הגב״י אות י״ז עי׳ שם וגר׳ דבספק שקול מודה דאפילו הנכסים ביד שליש מוקמינן להו בחזקת מרא קמא כמ״ש לעיל בסי׳ י״א ולא אמר הרב אלא לענין שאינו יכול לומר קי״ל נגד רוב הפוסקי׳ אלא דוקא כשהוא מוחזק ממש אבל כשהנכסי׳ ביד שליש לא אמרי׳ מוחזק גמור וכה״ג כת׳ ה׳ משפט לדק עלמו בח״ב סימן כ״ז דרשב״ם דסבירא ליה דבספק פלוגתא מוקמינן הקרקע ביד המוחזק בו ה״ד בספק שקול אבל אם הרוב מסייעיה למרא קמא מודו דמוקמי׳ ליה בחזק׳ מרא קמא עיין שם ומהרא״ה בס׳ בני חיי בי״ד סימן רכ״ח דף כ״ט ע״ד כ׳ שנעלם מהרב משפט לדק תשוב׳ הרשב״א סימן תרכ״ו בא׳ שהפקיד נכסים בהקדש ביד שני אנשים שיזכו בשביל ההקדש כתב וז״ל ואם נסתפק אם דעתו לחזור או לא מסתברא שהולכים בו להקל אצל היורש לפי שהממון בחזק׳ בעליו והיורשי׳ כבעלי׳ דממילא הם יורשים וזה לא הקדיש אלא בתנאי והענייני׳ שאומרי׳ שנתקיים התנאי עליהם להביא ראיה וכולי והע״פ שהוא ספק הקדש וכולי כל שהוא ספק בתחילתו אם חל אם לאו ויש חזקת ממון כנגדו אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה וכו׳ הרי אפי׳ הנכסי׳ שנפל בהם הספק הם ביד שליש כיון שהממון בחזק׳ בעליו אפוקי מניה הוא והולכי׳ בספקו להקל עיין שם ולק״מ דבספק שקול פשיט׳ דאפי׳ הנכסי׳ ביד אחר מוקמי׳ להו בחזקת מרא קמא כדמוכח בהדיא בפרק השואל גבי המחליף פרה בחמור וכו׳ ובדברי התוס׳ בבתרא דף ל״ג עמוד שני בד״ה ואי וכולי שכתבו לעיל בס׳ י״א דאפילו התופס נתנס ביד שליש מוקמינן בחזקת מרא קמא כיון דעכשיו אינס בידו ולא אמר ה׳ אלא לענין קי״ל :

ל״א כתב

הרב פני משה ח״א סי׳ ל״א גבי בריא שהקנה לבנו עובר מטלטלי׳ והם ביד שליש כיון דפלוגת׳ דרבוות׳ היא אפשר דהוי כממון המוטל בספק וחולקין ע״ש וזה הפך דברי הרמ״ה (א״ה עכ״מ והשאר קרוע וגר׳ לי שהם דברי הרמ״ה בתשו׳ שהביאם רבינו המחבר לעיל סעיף י״א שכתב דאם מונחים ביד שליש שאין א׳ מהם מוחזק מוקמי׳ להו בחזק׳ מרא קמ׳ עיין שם ואחר כך כת׳ ועיין בתשוב׳ דברי אמת) ועיין בתשו׳ דברי אמת סימן יו״ד דל״ח ונראה דלכ״ע הכא אם טוען שלא א״ל אם אני חוזר ערבוני מחול לך נשבע שלא א״ל כן ונוטל ערבונו מיד השליש דהוא מוחזק דאפי׳ למאן דאמר דדינו כממון המוטל בספק דחולקי׳ היינו מבו׳ דודאי ילא מרשות הנותן אבל הכא וכולי (א״ה עד כאן מלאתי והשאר קרוע ואח״כ כת׳ וכן הסכי׳) וכן הסכי׳ מהר״ש בן חסון בספר בית שלמה סימן ך׳ דדוקא אם תפס המקבל הוי תפיסה ולא תפיסת השליש אפי׳ א״ל שיזכה בעדו עיין שם :

ל״ב דין י״ג

לא גמר והקנה וכולי הרמב״ם בפ״ד מהלכות חמץ כתב וזה לשונו ישראל שהרהין חמצו אצל הגוי אם אמר לו אם לא הבאתי לך מעות מכאן ועד יום פלוני קנה חמץ זה מעכשיו והר״ז ברשות הגוי ואותו החמץ מותר לאחר הפסח והוא שיהיה זמן שקבע לו קודם הפסח ואם לא א״ל קנה מעכשיו וכו׳ והראב״ד כתב דאם הגיע זמנו קודם הפסח אפילו לא אמר מעכשיו קנאו שאין דין האסמכת׳ לגוי וכ׳ המ״מ שהראב״ד סבירא ליה שיש אסמכתא במשכון כמ״ש בפ׳ י״א מהלכו׳ מכירה אלא דבגוי קונה דאין בו דין אסמכ׳ והרמב״ם סבירא ליה להפך שאין דין אסמכתא במשכון אבל גוי מישראל אינו קונה ע״ש והר״ן בפ׳ כ״ש גבי גוי שהלוה לישראל על חמצו כ׳ דהא דאילטריך לאיקומי בדא״ל מעכשיו משום דהזמן לאחר הפסח דאם הגיע הזמן קוד׳ הפסח אין צ״ל מעכשיו דבמשכון ליכא דין אסמכת׳ משו׳ דב״ח קונה משכון עיין שם הרי דס״ל כדעת הרמב״ם דאין דין אסמכת׳ במשכון אבל גוי אינו קונה וגר׳ דלדע׳ הראב״ד ישראל שנעשה ערב לגוי בשביל ישראל אפילו שלא בשע׳ מתן מעות נשתעבד דהא אין צריך קנין אלא משום דערבות אסמכת׳ הוא וא״כ בגוי דליכא אסמכתא נשתעבד בלא קנין וכל שכן דערבות דליכא בו אסמכת׳ גמורה אבל לדעת הרמב״ם שיש אסמכתא בגוי למאי דקיימא לן דגוי קונה בחליפין הכא נמי ערב לגוי שלא בשעת מתן מעות בק״ס נשתעבד והוא שקנה הגוי ולא העדים דאין שליחות לגוי כמבואר בסימן קכ״ג סי״ד אבל אם נאמר דאין הגוי קונה בחליפין לא שייך ערבות לגוי שלא בשעת מתן מעות ע״ש בהש״ך ונרא׳ לכאורה מדברי הרמב״ם והראב״ד דאסמכת׳ לא קניא מדאורייית׳ והראב״ד בס׳ תמים דעים סימן רל״ט דס״ב ע״ו כת׳ דמעשה דבני גד ובני ראובן מעכשיו הוא דהא כתיב ויתן להם וכו׳ והרמב״ן בספר הזכות דמ״ט ע״ד כת׳ דתנאי בני גד ובני ראובן לא הוי אסמכתא מטעם אחר עש״ב הרי דלכ״ע אסמכתא לא קניא מדאורייתא ודלא כהב״ח שכתב דאסמכתא קניא מדאורייתא דא״כ אם הגיע זמנו קודם הפסח ולא אמר מעכשיו אמאי אסור לאחר הפסח הא מדאוריית׳ אסמכת׳ קניא ולא עבר עליו בבל יראה מדאורייתא מיהו א״ל כיון דאסמכתא לא קניא מדרבנן הוא של ישראל ועובר עליו מדאורייתא בבל יראה דגבי ממון מוקמי׳ דין דאוריי׳ אקנין דרבנן אפי׳ לקולא כמו שפסק הרמב״ם בפרק ו׳ מהלכות מעילה קנה הפך בפרוטה של הקדש ולא משך אם מן הגוי מעל ואם מן ישראל לא מעל עיין שם אלמא דמעות קונות דבר תורה לא מעל דמוקמי׳ דין מעילה אקנין דרבנן ואף על גב דה״ד גבי מעילה דבהנאה תליא מילתא הרי בפרק המזקין גבי גנב והקדיש וכו׳ אמרינן בחוץ כה״ג חייב כרת ע״י דבריהם ופסקה הרמב״ם הלכו׳ מעשה הקרבנות עיין שם וה״ט דבממון אוקמוה רבנן ברשותיה משום דהפקר ב״ד הפקר וכן כתב בהדיא הריטב״א בהי׳ לע״ז דס״ג גבי אתנן והודה לו הרא״ה עיין שם וכן דעת הרמב״ם בפרק ד׳ מהל׳ איסורי מזבח דין י״ג ע״ש בכ״מ מיהו הרמב״ם בספ״ט מהלכות תרומות כתב וזה לשונו יראה לי שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים אף ע״פ שעדיין לא משך הלוקח הרי זה אסור להאכילה תרומה שדין תורה מעות קונות וכו׳ אלמא חיישי׳ לקנין מעות דאוריי׳ ואע״ג דסיים הרמב״ם שם ואם מכר ישראל פרתו לכהן אף על פי שנתן דמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך וכולי דחיישינן לקנין דרבנן לחומרא ה״ד לכתחי׳ וכבר האריכו האחרונים בזה עיין שם והרב קהלת יעקב סי׳ כ״ב הוכיח דאסמכתא לא קניא מדאוריי׳ מדברי מהר״ם

(א״ה עד כאן מצאתי) :

ל״ג א׳

שקבע לו זמן וקנו מידו שאם לא יבא לב״ד ביום פ׳ שבטל כל זכיותיו הוא קנין גמור אם היה בל׳ מעכשיו ולשון ב״ד משמע הוא ב״ד של אותו המקו׳ ואם אין מנהג ב״ד לדון בקביעות אלא מחלי הא׳ מהיום הואיל והיה הב״ד נמלא בעת שמנהגו לשבת לדון ולא בא זה לפניו כבר בטלו זכיותיו ואם היה מנהג אותו הב״ד לשבת כל היום לדון ואירע שלא ישב בחלי היום

יכול

יכול לומר שהיה סמוך לבא לפניו בתנאי האחרון מהיום וכן הדין מהר"י בן מיגש סימן קכ"ז עיין שם :

ל"ד כ' המרדכי בפ' שור שנגח בשם הר"מ דאסמכ' קני' בהקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט היינו במסי' המועלת בהדיוט וכן דברי שכ"מ ככתובים וכמסורי' דמו פי' כמסירה המועלת בכל מקום באיזה צד שמועיל והביאו מרן הב"י מחוד' מ"ז עיין שם וכן כתב מהר"י ן' מיגש בתשו' סימן קכ"ג עיין שם והתוס' בקידושין דע"ח בד"ה לא צריכא וכו' שכת' גבי גוסס דאין מתנתו מתנה וז"ל וק' דבמס' שמחות אמרי' הגוסס הרי הוא כחי לכל דבריו נדרו נדר והקדשו הקדש מיהו י"ל דהתם ה"ד בנדר והקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אבל בעלמא לא וכולי עכ"ל אלמא דהקדש אפי' בגוסס אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אבל בעלמא לא אמרי' דבריו ככתובי' וכמסורים דמו (א"ה עכ"מ):

ל"ה דין י"ד כל האומר קנה מטלטליו אין כאן אסמכתא וכולי נראה אע"ג דאמר אם לא באתי וכו' כיון שיש זמן בשטר הוי כמטלטליו כמ"ש מרן הב"י וז"ל וכ"ל דכל היכא שכתוב זמן בשטר ואין כתוב בו מטלטליו דייני' ליה כאלו כתוב מטלטליו כדאמ' זמנו של שטר מוכיח עליו ואף ע"פ שכת' הרמב"ן שכל שטר מתנה וכו' שכתו' בו מטלטליו לאו דוקא אלא כוונתו לומר שאם אין בו זמן צריך שיהא כת' בו מטלטליו ואם יש בו זמן הרי יש בו מטלטליו עכ"ל וכן מבואר בתשו' הרשב"א הובאה בב"י מחודש' מ"ז והיא בתשו' ח"ג סי' ס"ג עיין שם מיהו אפשר משום דהרשב"א סבירא ליה דגם בקנין לבד ליכא אסמכתא כמ"ש בתשו' ח"ג סימן ס' דאפי' לא א"ל בפי' מטלטליו כל שקנו מידו הרי הוא כמטלטליו שאין הקנין קונה אלא אם כן קנה מטלטליו וכו' וכן כתב ר"ת ולפיכך בכ"ש אמר מטלטליו או אפילו לא אמר בפי' מטלטליו אלא שקנה מידו אין כאן אסמכתא עיין שם והכא נמי הזמן הוי מטלטליו אבל לדידן דקנין לא הוי כמטלטליו ולענין אסמכתא אפשר דה"ה הזמן דהא קיימא לן בסימן רנ"ח בכותב נכסיו לאח"מ אפילו לא היה בו קנין כיון שכתוב זמן הוא מוכיח שמחיים הקנה לו וכן אם יש בו קנין אפילו אין בו זמן אם כן הקנין כמו הזמן והרי כתב ר' ירוחם הביאו הב"י סימן רנ"ח שאם אין בו קנין צריך לכתו' בו מהיום ולא אמרי' זמנו של שטר מוכיח עליו אלא כשיש בו קנין ויש מי שכתב שאם יש בו קנין אפילו אין בו זמן אין צריך לכתוב מהיום ע"כ וגם הרא"ש בפרק י"נ שכתב דאפילו לר"י מבע"ל הכא שאין כתוב זמן בשטר מצריך ר"י בהקנאה מהיום ולאח"מ ואסיק וכולי הרי דאף על גב דזמן בשטר הוי כמטלטליו מ"ל בקנין מהו אם קנין גרע מזמן מכל מקו' למסקנא קנין נמי הוי כמטלטליו ואם כן לענין אסמכת' דקנין לא הוי כמטלטליו א"ל דה"ה הזמן אבל הרמ"ה סבירא ליה שם בכות' נכסיו לאח"מ ואם אין בשטר זמן צריך מהיום והקנין לא מהני ע"ש וה"נ לענין אסמכתא אף ע"ג דהקנין לא מהני אם יש זמן בשטר הזמן הוי כמטלטליו וכן נר' דעת מרן הב"י הכא דזמנו של שטר כמטלטליו הוי לכ"ע וכ"כ מהרשד"ם סי' נ"ח על ראובן שחייב עצמו בקנין ובשטר ליתן לשמעון ת"ר פרחים אם יקח המכס של עיר פ' אחר חדש ימים ללקיחת המכס וכו' והיה זה יום פ' וכו' ראובן חייב ולא הוי אסמכתא ואף ע"ג דלא כ' מטלטליו וגם הקנין לא הוי כמטלטליו דעת הרמב"ם הוא דהלכה כר"י לענין דאמרי זמנו של שטר מוכיח עליו והוי כמטלטליו וכו' וכ"ת הרי כ' המ"מ פרק ח' מהלכו' גירושין דרבי' סובר דלא אמר ר"י אלא דוקא במזכיר מיתה לפי שידוע שאין שטר לאח"מ וכיון שכן שלא לפסול השטר לגמרי אמרי' זמנו של שטר מוכיח עליו וכולי אבל כשאין מזכיר מיתה אלא שתולה דבריו בתנאי או שאמר לאח"ז פ' וכולי לא מצי' לר"י שאמר בזה זמנו של שטר מוכיח עליו וכולי לע"ד א"א לומר חילוק זה וכו' וכן מדב' הרמב"ם סוף הלכות זכייה זה שכותבין בכל המתנות והממכרות מטלטליו אף ע"פ שיש בשט' זמן להרויח הדבר כותבין כו' דאין זה דוקא במזכיר מיתה דבכל המתנות קאמר ע"ש באורך גם מרן הב"י סימן רנ"ח דחה דברי המ"מ דהא טעמא דר"י דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו הוי משום דאל"כ זמן שכתוב בשטר למה ואם כן מ"ל אם הוא תולה דבריו במיתה או בד"א ודי בזה עדותו של המ"מ שהעיד על עצמו שלא ראה לאחד מן המפרשים שחי' כן עיין שם באורך א"כ גם בתולה דבריו בתנאי או שאמ' לאחר זמן אמרי' זמנו של שטר מוכיח עליו דהוי כמטלטליו ועוד נר' דה"נ בתנאי האסמכתא לכ"ע אמרי' זמנו של שטר מוכיח דהוי כמטלטליו שלא לבטל השטר ובתולה דבריו בתנאי או שאמ' לאחר זמן פ' כבר כ' המ"מ שאפי' בלא מטלטליו אפש' שיתקיי' הענין בקיום התנאי או בהגעת הזמן ההוא בחיי הנותן וכו' אבל בתנאי דאסמכתא דבלא מטלטליו לא יתקיי' הענין בקיום התנאי ובהגעת הזמן אמרי' זמנו של שטר מוכיח דהוי כמטלטליו כמו בתנאי דלאח' מיתה והכנה"ג סימן רנ"ח הגב"י אות ה' כ' לעד"ן שבנדון מהרשד"ם אין צריך לדחות דברי המ"מ לקיום פסק דינם שא"א שלא כ' המ"מ חי' זה אלא בשטר דאתי עלה מטעם זמנו של שטר אבל בשטר שיש בו קנין וזמן לכ"ע זכה ומכל מקום כבר כתב הטור בסימן רנ"ח בשם הרמ"ה דהא דאמרי' זמנו של שטר מוכיח עליו ה"ד בכותב נכסיו לאחר מיתה כיון שהמיתה מבררת הזמן מה צריך לכתו' שום זמן בשטר ע"כ להקנות לו מאותו זמן אבל הכותב נכסיו לאחר ל' יום כיון שצריך לברר הזמן בשטר לידע הל' יום מאימת מתחילין אין לומר זמנו של שטר מוכיח עליו ופסקו מור"ם שם עיין שם וכ' הב"ח דק' להרמ"ה דרב בפ' י"נ פסק כר"י ובפ' המגרש אתקין רב מיומא דנן ולעלם לאפוקי מדר"י דאמר זמנו של שטר וכו' ותי' הרי"ף דבאיסו' החמיר רב כ"ל דוחק דלאפיקי מדר"י וכו' משמע להדיא דהלכה קאמר אלא דס"ל לרב דלא קי"ל כר"י אלא בכותב לאחר מיתה דכיון שהמיתה מבררת הזמן מה צריך לכתוב זמן בשטר ע"כ להקנות לו מאותו זמן והא דאתקין רב בגיטין לאפוקי מדר"י לא קאי אזה דלאחר מיתה אלא אמתני' דס"פ מי שאחזו דהרי זה גטיך אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש ומת בתוך י"ב חדש דאינו גט ותני עלה רבותינו התירוה דס"ל כר"י דאמר דזמנו וכולי בהא קאמר רב דלא קי"ל כר"י ומסתברא דכיון דצריך לברר הזמן מאימתי מתחילין וכולי עש"ב ומצאתי בתשוב' בשמים ראש סימן רל"ג שכתב וז"ל ומ"ש בהא דאמר רב בפרק י"נ הלכה כר"י דזמנו של שטר מוכיח עליו והוא גופיה אמר בפרק המגרש דלא כר"י והרי"ף תי' דהתם איסורא והכא ממונא וזה דחוק דאם כן אינו אלא חומרא דרבנן בעלמא ואין המשמעות כן תשו' הדין עמך שמשמעות הפשט אינו כלום וכ"פ הרמב"ם אמנם רבינו מאיר הלוי פריק לה דסבר רב דע"כ לא אר"י אלא במתנה שכ' בשט' לאח' מיתה ונמצא שהזמן מתברר בו אבל בגט הזמן נכתב כסדרו וכתיקון חכמי' שהצריכו זמן בגיטין והוא אמר לה על זה לאחר מיתה ודבריו נכונים

נכונים וברורים עכ"ל וכן כתב מהר"י לייח בתשו' מרן חא"ה סי' י"א וכתב דגם דברי הרמב"ם נוטים כן וכו' ומרן בתשו' כתב דאין הדבר כן דלא נגולה מי שסובר כן אלא הרמ"ה והרמב"ם חולק שכת' וזה שכותבי' בכל המתנות והממכרות מעכשיו ואף על פי שיש בשטר זמן להרוית הדבר כותבין כן אף ע"פ שאין לריך הרי בכל המתנות והממכרות אמרי' זמנו של שטר מוכיח עליו וכן כתב הרא"ש בתשו' כלל ע"א גבי אלמנה שנתנה לאחד מבניה וכו' כ' כיון שכתוב בשטר זמן הוי כאלו כתוב בו מהיום ואותה מתנה לא כתוב בה לאחר מיתה וכן דעת כל הפוסקי' ששהמו דבריהם ולא חי' בכך עיין שם לכן מרן סי' רנ"ח העתיק ל' הרמב"ם והשמיט חי' זה וכן הלבוש שם וכבר כתבתי תשוב' בשמים ראש דס"ל כן ותשו' הרא"ש כלל ע"ב סי' ג' היא על אלמנה שנתנה את שלה מתנה לבנה א' אם לא ימות ויתרלה בנה הקטן לכשיגדל וכו' וז"ל ומ"ש שכב' נפטר' האלמנה ועתה חל הקנין ואין קנין לאחר מיתה אנ"ל כי המתנה נתנה לו ע"מ שאם לא יתרלה בנה הקטן בפשרה דקי"ל כר"מ דאמר כל האומר על מנת כאומ' מעכשיו דמי ואפי' לא נכתב בשטר על מנת אלא אם לא יתרלה הקטן בפשרה כאומ' מעכשיו דמי וכו' כר"י דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו וכולי הילכך בשטר זה שנכתבו בו זמן הוי כאלו כתוב בו מהיום ואין כאן קנין לאחר מיתה עכ"ל והני בטלה המתנה בתנאי אם לא חל הקנין אלא בשעת קיום התנאי הוי כאומר לאחר מיתה שהמית' מבררת הזמן והכא נמי בתנאי אם יתרלה בנה הקטן לכשיגדל וכולי אם לא חל הקנין אלא באותה שעה הרי הזמן מבורר ולא לריך לכתו' בשטר אלא דהוי (א"ה עכ"מ ואחר כך ונראה) ונראה דהרשב"א חולק על הרמ"ה דהא מיירי בחיוב לזמן ידוע וכו' ואפ"ה אמרי' זמנו של שטר מוכיח עליו דהוי כמעכשיו מיהו א"ל דמיירי בחיוב לזמן ידוע בחדש פ' יום פלוני וכולי וזמן כתיבת השטר לא לריך דהוי כמעכשיו וכן כ' ה' גדולי תרומה בשער ס"ג והרשב"א ס"ל כחי' הרמ"ה והכריח כן עש"ב נראה אינו מוכרח דהרי הראב"ד הביא הטור בא"ה סימן קמ"ד ס"ג דאפילו לא אמר מעכשיו אלא אם באתי בתוך ל' יום יהא גט ואם לא באתי בתוך ל' יום לא יהא גט הוי גט ומותרת לשוק משום דזמנו של שטר מוכיח עליו דאפי' בתנאי דלאחר ל' יום וכבר כת' האחרונים דבפרק אז"נ דמוקי מתני' דהלוהו על שדהו וכו' דוקא דאמר מעכשיו משום דבעי' לאוקומ' אליבא דכ"ע אפי' כמאן דאמ' דלא אמרי' זמנו של שטר מוכיח עליו דהא מוקי לה מעיקר' כר' יוסי דאמ' אסמכת' ואבע"א לכ"ע ובאמר מעכשיו ואם כן אפשר דהרשב"א ס"ל דבממון אפי' בתנאי דלאחר ל' יום אמרי' דזמנו של שטר מוכיח עליו כמ"ש מרן הב"י סי' רנ"ח דגם בכות' נכסיו לאחר ל' יום מה לריך לכתוב זמן דהי"ל לכתוב נכסי נתונים לך ליום פ' דהזמן מבורר בלא כתיבת זמן השטר עיין שם מיהו כבר כתב מהרח"ש ח"א סי' ל"ג הכריח זה וכו' דנראה דברי הרמ"ה נכונים בטעמם והטור הביאו בלי שום חולק ויתכן שז"ש הרמב"ם בסוף הלכו' זכייה שכתב שטר מתנה שכתוב בה שיקנה פ' שדה פ' לאחר מיתה כיון שכתוב בו זמן וכו' הזמן מוכיח שמחיים הקנה לו דאלו היה בדעתו להקנות לו לאחר מיתה לא היה כות' לו זמן ע"כ וזה לא שייך אלא כשמקנה לאח' מיתה אבל כשא"ל לאחר ל' יום לא שייך לומר שאלו היה בדעתו לאחר ל' יום לא היה כותב לו זמן דהא לריך הזמן לברר הל' יום מהיכן מתחילין וכ"ה דברי רשב"ם שכתב זמנו של שטר מוכיח עליו שמאותו הזמן התחילה המתנה דאלת"ה זמן שנכתב בשטר בחנם נכתב וכו' עי' שם ואיברא שכן לשון רש"י בריש כתובות זמן של שטר מוכיח עליו לא לחנם נכתב זמנו אם לא להודיע שמהיום הכתיבה והמסירה הוא מגרשה והר"ב בא"ז פי' דרבותי' לא בכל גוונא סברי דזמנו של שטר מוכיח עליו אלא דוקא כשיש הכרח או יתור דהי"ל לכתוב הכי וכת' הכי וכיון שכן דוק' בהך אם לא באתי וכו' א"ל ל"ל למכתב יום כתיבת הגט בתוכו לכתוב אם באתי לר"ח פ' יהא גט וכולי תוס' ע"ש אם כן לכ"ע לא אמרינן זמנו של שטר מוכיח אלא דוקא כשיש הכרח או יתור ורבותינו ס"ל בהך דאם לא באתי וכו' דזמנו של גט מוכיח דהוי מעכשיו דאל"כ ל"ל יום כתיבת הגט לכתוב אם לא באתי לר"ח פ' וכו' וזה כדברי מרן הב"י דה"נ בכותב נכסיו לאחר ל' יום אמרי זמנו של שטר מוכיח דהוי כמעכשיו דאל"כ ל"ל יום כתיבת השטר לכתוב נכסי נתונים לך ליום פ' ידוע ואם כן אין ראייה מדברי רשב"ם דא"ל דהכא נמי בכותב נכסיו לאחר ל' יום ס"ל דאמרי' זמנו של שטר מוכיח עליו דמודה רשב"ם מה"ט דאל"כ ל"ל יום כתיבת השטר לכתוב נכסי נתונים לך ליו' פ' :

ל"ו כל האומר מעכשיו אין כאן אסמכתא וכו' ואפי' לא כתב מעכשיו במקו' החיוב כל שכ' למטה וקיניה קנין גמור מעכשיו מהני לבטל האסמכתא מהרש"ך ח"ג סימן ו' והביאו ה' כנה"ג אות קי"ד ע"ש :

ל"ח דין ט"ו אסמכתא שקנו עליה בב"ד חשוב וכו' הרדב"ז בתשו' ח"ד סי' ש"א רמ"א נסתפק אי איכא בזה"ז ב"ד חשוב שהרי כתב הרשב"א חשוב להפקיע ממון כגון מומחה לרבים ע"ש :

ט"ל דין י"ט נדר ושבועה ותקיעת כף מהני כאסמכ' וכולי כתב הש"ך בשם מהרי"ו דלא החמירו בת"כ אלא כשנותן ת"כ לאותו אדם עלמו וכולי וסברא גדולה היא ע"ש וכבר השיגו ה' שבות יעקב ח"ב סימן קע"ג דנעלם ממנו דמור"ם בד"מ סי' רל"ט שדחה דברי מהרי"ו שאין כן דעת הפוסקים לכן אין לסמוך עליו עיין שם :

מ' נדר ושבועה וכולי נראה דאע"ג דנדר ושבועה שוים לענין אסמכתא מ"מ לענין תנאי יש חילוק בין נדר לשבועה שכתבו התוספות ריש פ' שבועת העדות וז"ל אבל נראה דבספ"ק דנדרים גבי נדר לית ליה לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן אע"ג דליכא אלא איסורא ואומר הרי"ט דוקא באיסור חמור הוא דאית ליה לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן וכו' וכן נמי גבי שבועה שלא אוכל לך בפ"ג דנדרים משמע דאית ליה וכו' משום דאיסור חמור הוא וכו' עיין שם אם כן למאי דקי"ל דגם בממון בעי' תנאי כפול מ"מ באיסור חמור לא בעי' תנאי כפול ושבועה איסור חמור הוא אבל בנדר בעי' תנאי כפול וכן כתב מהרש"ח בתשובות סימן ח' דבשבועה לא בעי' תנאי כפול אפי' להקל וכ"כ מהר"א ששון סי' ע"ד והביאו ה' כנה"ג חי"ד סימן רל"ו אות י"ז ובח"מ סי' רמ"א סי' ע"ש אבל בנדר בעי' תנאי כפול :

מ' נדר ושבועה וכו' ות"כ מהני אפי' באסמכתא כ' ה' חוות יאיר סימן קל"ד דאם נכתב בשטר או בכת"י שנעשה בשבועה ות"כ והוא כופר וחייבו ב"ד לשלם ע"פ השטר או בכת"י ואחר הזמן תפס הנתבע ממון התובע וא"ל לפי שהוא יודע שלא נשבע ולא נתן ת"כ אם יברר זה לפני ב"ד חייב והודאת בע"ד בכ"י כמאה עדים ואע"ג דאיכא מגו דלהד"ם או פרעתי הוי כמגו

כמגו במקום עדים אבל אם לא ברר טענתו ופסקו לו הב"ד שישבע יכול לישבע דרך כלל שאינו חייב לו כלום או שחייב לו כנגד זה ע"ש :

(א"ה זה הלשון יש בו קצת גמגום מפני שיש בו קרעים)

מ"א נדר ושבועה וכו' שאלה שמעון בן יוסף שהיה מוטל על ערש דוי וחלק נכסיו לכתובת אשתו ולנדוניית ב' בנותיו וכתובת אמו והקדיש ב' אלפי' גרוש' וא"ל חמיו אם תקדיש זה הסך לא ישאר מה בחלקת והשיב לו ב"ה יש יותר אבל אני פוחת ה' מאות דהיינו אם אני מת לא הקדשתי כי אם ט"ו מאות ואם עמדתי מחולי זה אני מקדש ב' אלפים לשם ר' אברהם הכהן שיעסוק בתורה ויאכל פרייס ועמד מחולי זה ורצה לחזור בו מה דינו ושכמ"ה :

תשובה לכאורה נראה שאמר אם עמדתי וכו' הרי כתב מרן הב"י סימן ר"ז וז"ל ואכתי א"ל דהא דתנן בפ' מי שמת האומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה נקבה תטול מאתי' וכו' ילדה זכר יטול מנה ואמאי והא כל דאי אסמכתא היא ולא קנה ומצאתי להרשב"א שכ' בתשובות וכולי וי"א שאין אסמכתא בדברי שכ"מ וכולי ואני וכולי כל שמתנה בדבר שיראה שאומר בדוקא כגון אם תלד אשתי זכר יטול וכולי ואפילו היה אומר בריא וכולי ע"ש ותמהני שלא זכר הטור בסימן רנ"ג שמ"ב על ההיא דאם ילדה וכולי וז"ל פי' רב אלפס והר"י הלוי דהא לא איירי אלא בשכ"מ דדבריו ככתובי' וכמסורי' דמו אבל לא בבריא וכולי דהא אסמכתא היא אם ילדה קאמר וכולי וא"כ דהא וכולי ואסמכתא נמי ליכא אלא בכל מתנה שהיא על תנאי שמתנה אם תעשה כך שתהיה מתנה ואם יתקיים התנאי תתקיים המתנה וכו' עיין שם וכן כתב הרא"ש בתשובות והביאה הטור סימן רמ"א עיין שם וה"כ דהוי שהקדיש על תנאי אם יחיה לדעת הרשב"א והרא"ש והטור ליכא אסמכתא אבל לדעת הרי"ף ומהר"י הלוי הוי אסמכתא והא דבשכ"מ ליכא אסמכתא נראה דה"ד כשמת משום דדבר שהוא ביד המקבל ליכא אסמכתא כמו שפסק הרמב"ם ומרן סימן ר"ז דין י"א בנותן ערבון עיין שם וה"כ דדברי שכ"מ ככתובי' וכמסורי' דמו הרי כאלו ביד המקבל וה"ד כשמת אבל אם עמד אין בדבריו כלום כמ"ש הרשב"א במיוחסות סימן ו' וז"ל ואפילו אמר בפי' אם אתרפא לגמרי ואחיה כמה שנים תהא נואתי קיימת כל זמן שלא אחזור בי ואפ"ה אין בדבריו כלום דמתנת שכ"מ מדרבנן היא והם לא אמרו שתהא מתנתו קיימת אלא כדי שלא תטרף דעתו עליו ולפיכך קיימו דבריו לאחר שימות אבל זה שעמד וכולי עיין שם וכן כתב המרדכי בשם מהר"ם והביאו הב"י בסי' ר"ז מחו' מ"א וה' כנה"ג בסימן זה אות י"ח כ' וכ"ל ראייה ממתני' דאם ילדה אשתי זכר וכולי עיין שם ולא ראה דברי הטור סימן רנ"ג ומרן הב"י סימן ר"ז שכתבתי עיין שם ומצאתי להרמ"ה בפ' מ"ש סי' ו' שכ' וז"ל הא מתני' לא מתוקמא אלא בשכ"מ דמחלק כל נכסיו א"כ במלוה מחמת מיתה דמקנו באמירה בעלמא ומהני' בהו האי לישנא דאם ילדה יטול אבל בבריא א"כ בשכ"מ במקצת היכא דלא מוכחא מילתא דמלוה מחמת מיתה הוא אסמכתא ואסמכתא לא קניא וכו' וכ"ת מ"ש שכ"מ מבריא בשלמא לענין מקנה באמירה בעלמא רבנן הוא דתקנו ליה כדי שלא תטרף דעתו עליו אלא בלשון דאסמכתא מ"ט מהני ביה וכולי כדי שלא תטרף דעתו עליו וכולי דהא אסמכתא נמי כי לא קני' בבריא ה"מ היכא דלא מטי לידה דמקבל מתנה אבל היכא דמטי ממונא לידה דמקבל מתנה בתורת מתנה אע"ג דאקניי ליה בל' אסמכתא נמי קני וה"ה גבי שכ"מ וכולי דהא דברי שכ"מ ככתובי' וכמסורים דמו וכמאן דמטא לידיה דמי ועוד מ"ט אמור רבנן אסמכתא לא קניא דס"ד דלא מקיים תנאה ולא גמר ומקנה הכא גבי שכ"מ כיון דמלוה מחמת מיתה מגמר גמר ומקנה דאין אדם משטה בשעת מיתה עכ"ל הרי שכתב דליכא אסמכתא בשכ"מ דמחלק כל נכסיו אבל במקצת איכא אסמכתא ולכאורה ק' דלה"ט דאין אדם משטה בשעת מיתה אפילו שכ"מ במקצת עמד אינו יכול לחזור שהרי כ' מרן הב"י סימן ל"ב גבי שכ"מ שהודה דאפי' קם על רגליו חייב מה"ט דאין אדם משטה בשעת מיתה ע"ש וה"כ אפילו במתנה במקצת (א"ה עכ"מ) (ואח"ך מצאתי וכו' שהקדיש וכולי בקו' אחר) :

ונראה שהקדיש שני אלפים לפירות ולא לגמרי וז"ל הרמ"ה בפ' מ"ש סימן פ"ד ושמעי' נמי דמאן דמקני לחבריה בית לדור בו א"כ דקל לאכול פירותיו אף על גב דלא אמר תנו בית זה לפלוני לדור בו ודקל זה לאכול פירות אלא קאמר וידור בו ויאכל פירות כמ"ד לדו' בו ולאכול פירות וכו' וטעמא דמילתא דדייקי' לישנ' יתיר' דאי ס"ד דהאי גברא לאקנויי גופיה לדור קמכוון מכי אמר תנו בית זה לפ' דקל זה לפ' קני להו לגמרי ל"ל למימר וידור בו ולמה לי למימר ויאכל פירות אלא לאשמעי' דלא מקני ליה בית זה ניהליה אלא לדור בו בלבד ולא מקני ליה לדקל אלא לאכילת פירות בלבד עכ"ל וה"כ שאמר אני מקדיש ב' אלפים לרבי אברהם הכהן ויאכל פרייס לאכילת פירות קאמר לא הקדיש לגמרי ואע"פ שהרמב"ם בפ"י מהלכ' זכייה ומתנה כתב אבל אם אמר תנו בית זה לפ' כדי שידור בו וכולי ולא נקט לשון הגמרא אבל אם אמר תנו בית זה לפ' וידור בו וכו' וכתב הר' בני יעקב דף ס"א ע"ד דסביר' ליה דאם אמר תנו בית זה לפ' וידור בו שני מתנות משמע שנותן לו גוף הבית וגם מקנהו לדירה עיין שם באורך מכל מקום לא שבקי' דברי הרמ"ה בפ"י ומה שכתב מהר"ש אלשיך סימן ז' דמעות לפירות לא קני' יחיד הוא בסבר' זו וכבר כת' הכנה"ג בסימן ר"ט דהרדב"ז ומהרש"ח סביר' להו דהוי כדקל לגבי פירות עי"ש וכן כתב מהרח"ש ח"ב סימן כ"א עיין שם והרב בני יעקב דף ע"א ע"ד תמה על מהר"ש אלשיך והביא רבים דחולקים עליו והוא יחיד בדבר ע"ש באורך ואף ע"ג דאמר אם עמדתי מחולי זה וכו' דהוי אסמכת' כבר כתב מהר"ש בתשו' הקצרות סי' ש' דאסמכ' קניא במילי דהקדש וצדקה ונדר וכן מצאתי בתשו' רב נטרונאי בר מר הילאי גאון דאסמכת' קני' במילי דצדקה וכן דננו כמה פעמים במעשים שבאו לפנינו עיין שם וכ"כ הרי"ף בתשו' סימן רמ"ז עיין שם וכן כתב הרשב"א במיוחסות סימן קפ"ג דמקדיש בלשון אסמכת' קנה והביאו מרן הב"י י"ד סימן רנ"ח ומה שהקשה הרב משפט צדק ח"ב סי' ע"ט שהרי הרשב"א בסימן תקס"ג פסק להפך דאמירה לגבוה אינה כמסירה להדיוט ויכול לחזור בהקדש עניים רק בקנין וכו' עיין שם לק"מ (א"ה עכ"מ ואחר כך וכן כתב הרדב"ז וכו') :

וכן כתב הרדב"ז ח"ב סימן קל"ו דאף ע"ג דקיימ' לן אסמכת' לא קני' היינו דאין אדם מקנה ממונו לחבירו על הספק אבל בנזירות והקדש מחית איניש נפשיה לספיק' והביא ראיה ממתני' דנזיר ופסק' הרמב"ם בפ"ב מהלכות נזירות וז"ל שנים שהיו מהלכין בדרך וראה אחד

אחד בא כנגדן ואמר אחד הריני נזיר אם יהיה ראובן והרי הוא ראובן הרי זה נזיר וכו' עיין שם ומ"ש הגמ"ר במליע' דמי שנדר כך וכך לצדקה אם יצחק בקובי' ועב' על נדרו פטור ומורה לה מדאמר ר"י משום רבי טרפון אין אחד מהם נזיר וכו' אינו אמת דאסמכת' בהקדש קני' וכן כתב מהר"ש וגם ראייתו משבשת דהיכי שבקי ב"ה ועבדו כרבי טרפון ועוד דלא פליג ר' טרפון אלא בנזירות משום דלא ניתנה נזירות אלא להפלאה אבל בעלמ' מודה רבי טרפון עיין שם באורך ותמהני דברים פרק שלישי דנדרים מוכח בהדיא דלרבי טרפון בעי הפלאה בנדרים כמו בנזירות וכתב הר"ן משום דנדרים איתקשו לנזירות עיין שם וכן בסנהדרין דכ"ה אמרינן דלר' טרפון מצחק בקובי' הוי אסמכת' עיין שם אלמא אין חילוק בין נזירות לדעלמא והתוספות שם בד"ה ההיא וכולי כתבו וז"ל והק' הריב"ן מאי מדמה קני' לנזירות שאני נזירה דגלי קרא דכתיב כי יפליא וי"ל וכו' דהא לא מפ' בקר' מה היא הפלאה אלא דגלי לן קר' דבעי הפלאה ולא ידעינן מה היא אלא היתי לן מסבר' וכו' וקר' דכי יפליא אילטריך משום דידות נזירות כנזירות עיין שם משמע דסביר' ליה דאין חילוק בין ממון לנזירו' והקדש דאל"כ ודאי דאילטריך קרא דכי יפלי' דאף על גב דאסמכתא לא קניא ס"ד דה"ד בממון מסבר' דאין אדם מקנה ממונו לחבירו על הספק אבל בנזירות מחית איניש נפשיה אפילו לספק לכך גלי לן קרה דבעינן הפלאה ומנילא ידעינן מסברא מה היא הפלאה :

אבל יש להסתפק אם ההקדש הוא לעולם כל ימי חיי הנותן והמקבל או בפעם א' סגי ומרן הב"י אה"ע סימן קי"ד כתב בשם הרשב"א בתשו' וז"ל כל שמקבל לזון או שזן להם בנכסיו מזונות סתם כל זמן שצריך מזונות משמע וכמי שאסר על עצמו סתם שלא יאכל מן המינים שאסור בהכי לעולם אבל הרא"ש בתשו' כלל ו' סי' י"א כ' שהמקבל עליו לזון את חבירו בסתם או יתן מאה זהובים לשנה בשנה אחת יפטר מנדרו דיד בעל השטר על התחתונה ואף לגבוה אמרינן הכי עיין שם ומור"ם לעיל סימן ס' כ' מחלוקת זו וע"ש בהסמ"ע ס"ק ע"ז והרב בני משה ח"א סימן ע' כתב דהרשב"א בחי' לגוטין בפ' מי שאחזו גבי על מנת שתניקי את בני נסתפק אם פליג רב אשי לענין ממון אם אמר בית זה נתון לך על מנת שתזון את בני יכול לפטור עצמו ביום א' או בשנה אחת או דילמ' לענין ממון מודה רב אשי כיון דלהרווחה קא מכוין הרי דגם הרשב"א דסבר בתשו' בפשיטות דסתם הוי לעולם מיגז גייז לדבור' ומספק' ליה אם רב אשי פליג בתנאי שבממון עיין שם ונראה דס"ל להרשב"א דמחייב עצמו סתם לעולם משמע מדלא פירש עד זמן פ' מה שאין כן גבי תנאי שבא לחייב אחר וכן ראיתי להר' שמחת יום טוב סימן כ"ה עיין שם באורך ועיין בספר פרח מטה אהרן ח"א סימן קכ"ג גם מ"ש ה' פני משה שכן דעת רש"י בפ' הכותב דאם לא כת' עד עולם שנה אחת משמע עיין שם בתוספות וכן כתב מהר"א ששון סימן מ"ח עיין שם נראה דרש"י פירש כן אליבא דר"י אבל אנן קיימ' לן כרבנן דסביר' להו דאפי' כתב סתם בלא עד עולם אינו אוכל פירות בחייה ועיין בהר"ן ובש"מ בשם ריב"ש שכתבו דגם לר"י לעולם משמע אלא דאורח' דאינשי לפרש וכן כתב הרב עדות ביעקב סימן כ"ח בדעת הרשב"א דסתם לעולם משמע דאפי"ה אם פירש לעולם לא אמרינן לטפויי מילת' יתירתא אתא אלא לשופר' דשטר' עיין שם ודברי הר"ן והריב"ש סייעתי'

ה' בית יעקב סימן ז' נדחק עיין שם מיהו גם לדעת הרא"ש יש להסתפק בנדון דידן שהרי הרשב"א הוכיח מדאמרינן בפ"ד דנדרים אמתניתין דנודרים להורגים כיון דאמר יאסרו כל פירות בעולם עלי איתסור וכו' ופרקי' דאמר היום אלמ' כל סתם וכולי והרב שמחת יום טוב סימן כ"ה הק' לס' הרא"ש מהא דנדרים שהביא הרשב"א בתשו' דנר' דהנודר סתם לעולם משמע עד שיאמר בלבו היום וכן מבוא' עוד מדפריך בנדרים דף ע"ו גבי האומ' קונם עיני בשינה אי לא יהיב שיעורא מי שבקינן ליה וכו' משמע דכל דלא יהיב שיעור לעולם משמע וכן מבוא' שם דף ד' ע"ב ותי' דסביר' ליה להרא"ש דלא אמרו כן אלא בנדר דאיסור חפצא הוא ודומה למקדיש סתם דודאי הקדישו לעולם אבל בחיוב שמתחייב האדם שחל על גופו ולא על חפצא כל שנתחייב סתם יכול לפטור עצמו בזמן מה וה"ט דאמרינן בפ"ק דנדרים דנדרים לית להו קיצות' וכולי וכן כתב הגמ"ר בסוף פרק ד' דשבועות עיין שם ואם כן הכא נמי בנדון דידן שהקדיש סך לעולם משמע א"ד כיון שלא הקדיש הגוף אלא לפירות ולא יצאה הגוף מרשות הנותן לגמרי ואפילו הפירות אם מת המקבל חזרו הכל להנותן דלא נתן אלא לו ולא ליורשיו ואם כן אפ' לומ' דה"נ לשעה קאמר :

סימן ר"ט

א' דין א' המקנה לחבירו דבר שאינו מסוים וכולי כתב הרב כנסת הגדולה הני מלי במכר אבל במתנה לא בעינן מינו ידוע מהראד"ב סימן ר"ת ע"ש ולא דק שהרי כתב הרמב"ם בפרק שלישי מה' זכיה ומתנה. ומרן סימן רמ"א כשם שהמוכר צריך לסיים הממכר כך הנותן וכו' ומהראד"ב לא אמר אלא באומר כל זמן שיש לי בבית זו אני מוכר לך דלא קנה מטעם דלא סלק' דעתיה דלוקח כיון שאינו יודע מה שיש בו דה"ד במכר כיון דלוקח נותן דמים לא ס"ד אבל מקבל מתנה בכל דהו ניחא ליה עיין שם:

ב' דין ב' אבל האומר לחבירו וכו' כ' הסמ"ע סק"ג ונראה דאפילו החולקים בשנים שהחליפו וס"ל דמהני הקנין מודים בזה כיון דהא' יודע מה שיש לו בבית והשני אינו יודע לא גמר ומקני מה שאין כן בשנים שהחליפו דאין אחד מהם יודע מה שיש בבית הב' ומשום הכי אגב דבעי לקנות גמר ומקני עיין שם והרב שפתי כהן כתב דלא מסתבר עיין שם וכבר התוס' בפ' זה בורר גבי משחק בקוביא כתבו בשם ר"ת וז"ל דלא הוי אסמכתא אלא היכא שאינו יכול להרויח כגון משליש שטרותיו וכולי. אבל הכא לא הוי אסמכתא משום דכיון דשנים הם כל אחד מקנה לחבריה מגו דאי מרווח בעי איהו למקני בההיא הנאה גמר ומקנה לחבריה וכו' :

ג' דין ד' אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכו' כתב המבי"ט ח"ב סימן קל"ז דאדם מקנה לבנו או לבתו דבר שלא בא לעולם כמו שמקנה לעובר שלו עיין שם וכן ראיתי להרב חלקת מחוקק בא"ה סי' מ' סקי"ד שכתב וז"ל מיהו קשה בע"ש ח"מ סימן ר"ד ס"ד מה שתלד פרתי או שפחתי אפילו היתה הפרה או השפחה מעוברת לא קנה כלום ומה שכ' דבהוכר העובר מקודשת אף על גב דיש לחלק דדעתו של אדם קרובה אצל בתו ואצל אשתו לפיכך יכול לקבל קדושי בתו ולהקנותה אף על גב שלא בא לעולם וכולי עיין שם הרי דסביר"ל דאמרינן דדעתו של אדם קרובה אצל בתו ומקנה לה דבר

שלא

שלא בא לעולם :

ד' ואפילו אם היתה השפחה והפרה מעוברת לא קנה וכו' הרמב"ם בהלכות אישות כתב האומר לחבירו אם תלד אשתך נקבה תהא מקודשת לי אם היתה מעוברת והוכר העובר מקודשת הביאו הטור באה"ע סימן מ' עיין שם וכן כתב בחידושי קידושין וז"ל מדלא אוקמה ר"ח אפילו אשתו מעוברת וכו' אלמ' אפי' לרבנן כשהוכר העובר מקודשת דלאו דבר שלא בא לעול' הוא וכן הלכה וכו' וכן כתב הרמב"ם בפרק ז' האומר לחבירו וכו' וכן כתב בהלכות מכירה פרק כ"ב אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כיצד מה שתוציא שדה זו קנוי לך וכו' מדנקט מה שתוציא אלמ' אם הוציאה כגון שחת אדם מקנה אותם וכולי עכ"ל הרי דסבירא ליה דהוכר העובר בא לעולם מיקרי ומקודשת מדאורייתא' ולא נוספ' וכן בדיני ממונות המוכר עובר או שחת קנה ועיין הרדב"ז ח"ב סימן קי"ד שכתב הרמב"ם מקודשת מדאורי' קאמר ואם הדבר ספק אם הוכר העובר או לאו צריך גט מס' עיין שם ואם כן הכא אם ודאי הוכר העובר קנה ואם ספק המוצי' מחבירו עליו הראיה ומדברי הרמב"ם בפי' המשנה שם נראה דגריס בה אם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר עוברה דבריו קיימין ואם ילדה נקבה מקודשת וכן כתב הרע"ב עיין שם אם כן אף על גב דקתני לאחר שאתגייר וכולי אינה מקודשת כרבנן אפי"ה בהוכר העובר מקודשת והרשב"א בחידו' כתב וזה לשונו ור"מ משמע דאית ליה איפכא דבלאחר שאתגייר פליג ובעובר משמע דמודה לרבנן מדלא תני ליה בפלוגתא דר"מ ורבנן בברייתא' וכולי וא"ת לר"מ מאי שנא עובר מפירות דקל דלר"מ קנה אפילו שחנטו יש לומר פירות דקל עבידי דאתו ולא עבידי דנתרי כולהו אבל עוב' אפי' בשהוכר זימנין דהוה ליה נפל וכו' עיין שם מבוא' דס"ל דאפילו ר"מ מודה דעובר אפילו הוכר לא קנה וק' דבפ' מ"ס דף קמ"א ע"ב אמר רב הונא המזכה לעובר לא קנה איתיביה ר"נ האומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה ילדה זכר יטול מנה וכו' ולימא ליה ר"מ היא דאמ' אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אימור דשמעת ליה לר"מ וכו' וא"א ליבני (אמר המגיה עכ"מ והשאר קרוע והדב' מבוא' דר"ל וא"א ליבני אימור דאמר ר"מ אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הני מילי פירות דקל דעבידי דאתו אבל בעובר זימנין דלא אתי דהוה ליה נפל לא אמ' ר"מ וכו') והרב מח"א הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סי' א' הביא ראיה דיכול להקנותה עוב' מדאמרינן בפ' ר"א דמילה מקנת כסף נימול לשמונה כגון שלקח זה שפחה וזה עוברה וכולי ואי לא שייך קנין בעובר אלא אם כן הקנה האם לעוברה תיקשי למאן דאמר קנין פירו' כקנין הגוף דמי כדפריך התם לת"ק ול"ל דהאי טעמא משום דקיימא לן כר"כ דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מניה והכא נמי ששמט והחזיק בעוב' אחר שבא לעולם זכה הא ל"ד אלא למקנה דקל לא' ופירות לא' דקנה בעל הדקל גוף ופירות דודאי לא שייך שמיט ואכיל לא מפקינן מניה עיין שם באורך ונראה דאף על גב דאם מכר הדקל לאחד חוץ מפירותי' כיון דאמרינן לעצמו בעין יפה שייר ואחר כך מכר הפירות לאחר קנה כמו שכתב הרשב"א והביאו הכנה"ג וכן כתב המבי"ט חלק שני סימן קל"ז עיין שם והכא נמי אם מכר השפחה לא' חוץ מעוברה ואחר כך מכ' העוב' לאחר קנה השני מכל מקום למאן דאמ' קנין פירות כקנין הגוף דמי נימול לשמונה והכא מיירי במכ' בבת אחת מיהו משפחה ל"ק דבעל השפחה מכר העוב' דאף ע"ג דלא קנה כיון שהחזיק בעוב' זכה וקטן המוטל בעריסה יש לו חזקה והוה ליה כתפס פירות דאין מוציאין מידו דלאו דוקא דאי שמיט ואכיל והרב קרית מלך רב פ"א מהלכות מכירה כתב דאין ראיה לגירסת השאלתות והתוספו' דגרסי לקח שפחה וולדה וכו' וגם לפי גירסת רש"י אפש' דר"ח סבירא ליה כראב"י דכל שהוכר העוב' בא לעולם מקרי עיין שם ואכתי קשה על הטור ביו"ד סי' רס"ז שכתב ואם אחד קנה שפחה וא' קנה העובר נימול מיד ואין צריך לומר קנה שפחה וולדה עמה וכולי עיין שם והוא ס"ל דלא שייך קנין :

ה' הג"ה ואם כתב לו שטר וכולי האחרונים תמהו דלא עדיף שטר ממשכון שכ' הטור דאם תפס משכון לא קנה וכן כתב בסימן ס' דאפי' נתן לו משכון על המתנה לא קנה דמנה אין כאן משכון אין כאן עיין שם ולפמ"ש הסמ"ע דה"ד כשמסר לו השטר אחר שבאו לעולם עיין שם נראה דה"נ אם נתן לו משכון אחר שבאו לעולם קנה וה' בית יהודה סימן ך' הבין דברי הסמ"ע כפשטן דבעי' שמסר לו השטר אחר שבאו הפירו' לעולם וע"ש עוד בסימן ס"ח וכן כתב ה' פני משה ח"א סי' ס"ו ע"ש אבל ה' כנה"ג אות ן' פי' דברי הסמ"ע דר"ל אם נמצא השטר ביד המקבל אחר שבאו לעולם אפילו מסרו לו קודם שבאו לעולם קנה וכ"כ בתשובות סימן ר"ט עיין שם וזה נראה מוכרח שהרי בעל העיטור תי' בזה הא דאמרינן בפ' מי שהיה נשוי ההוא גברא דזבנה לכתובה דאימיה וכולי דכיון דזבין וכתב ליה שטרא כמאן דתפס דמי והביאו מרן הב"י סי' רי"א ע"ש משמע דאפי' מסר השטר קודם שבאו לעולם קנה כיון דנמצא השטר ביד הקונה אחר מיתת אמו וכן הוכיח הט"ז ע"ש אבל ראיתי להרשב"א ח"ב סימן ל"ו על ראובן שהוציא שטר מתנה שעשה לו חמיו כתב וז"ל וכן כל הנכסים שעתיד לקנות והריות שעתיד להרוויח אינו יכול להקנות דדבר שלא בא לעולם הוא ולא קי"ל כר"מ דאמר אדם מקנה דשלב"ל ולא עוד אלא אפי' לר"מ אם חזר בו עד שלא באו לעולם לא קנה וכולי ואם היו לו בשעת המתנה קנה וכו' עיין שם משמע דאפי' השטר ביד הקונה אחר שבאו הנכסים לעולם לא קנה כיון שלא היו בשעת מתנה וכן כתב בתשובות ה"ג סי' קי"ד על מתנה בשטר וז"ל ומה שטען כי מה שקנתה או שע"ת שעשו לאחר זמן המתנה לא קנו דאין אדם מקנה דבר שלב"ל כדין טען ומ"מ אף בזה יש מקום עיון דכיון דלא חזרה בו ניחא דליקניה ומשקנאתו ולא חזרה בה עד יום מותה ואלו קדמו והתפסום קנינהו מקבל מתנה והראיה מדגרסי' בפ' אז"נ וכולי דאי שמיט ואכיל לא מפקי' ליה מניה וליתא דשאני התם דשמיט ואכיל באפי מוכר והלה שותק ש"מ דמתחילה הוא שמות' ללוקח במה שלקט אבל כאן שכבר מתה מי מחיל לו עכ"ל הרי דאפילו השטר קיים בידו לא חשיב כתופס וכן כתב הרשב"ש סי' קמ"ב בבן שכתב שטר לאביו ומת וז"ל ובעינן הקנאת הריות אפילו בקנין אינו כלום לפי שהוא דבר שלא בא לעולם וכולי ואע"ג דאמרי' דאי שמיט ואכיל לא מפקי' מניה זהו אלו תפסם בחיי בנו אבל כיון שהיו בחזקת האלמנה כבר נשתעבדו לו וכו' עיין שם אם כן הרשב"א והרשב"ש ס"ל דאפילו יש לו שטר לא חשיב כתפוס מיהו אם מסר לו השטר אחר שבאו לעולם אפשר דמודי' דחשיב כתפוס :

ו' כתב מהרש"ך ח"ד סימן ק"ב דשכירות בית הוי דבר שלא בא לעולם ודברי המרדכי הם דוקא כשהנותן החזיק להמקבל בקרקע ונתן לו כח לאכול הפירות

הפירות ע״ש :

ז׳ ואם מכר האילן לפירותיו וכו׳ דוקא אילן וכיוצא דמגופיה קא רבו פירי אבל מצודה למה שתעלה לא מהני אע״ג דמצודה אית׳ בעולם דגים וצידה מעלמא אתו ריב״ש בתשו׳ הרשב״א כ״י הכנה״ג אות ל״ז עיין שם וכן מצאתי להרשב״א בתשובות ח״ב סי׳ רי״ג שכ׳ בנותן המטבחיים ליטול מפירותיהם כו״כ לא הוי כדקל לפירותיו שאין הבשר ומחירו יוצא מגוף המטבחיי׳ כפירו׳ מן הדקל אלא כמוכר מצודה למה שתעלה שאינו קנוי עיין שם ובספר א״ז לכתובות בפ׳ אע״פ גבי האומרת יקדשו ידי לעושיהם וכו׳ הוכיח הרשב״א כן אבל יקדשו ידי לעושיהם אע״ג דאין המלאכה יוצאה מגוף הידים כיון שהידים טורחות בכך הוי כדקל לפירותיו הריטב״א שם :

ולכאורה נראה דאם מכר חצר לפירותיו לא קנהו לא הוי כדקל לפירות מדאמרינן בס״פ האומר משקלי הקדישו משכיר היכי דייר וכולי דאמר לכשיבא שכרו יקדשו והא אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם אר״י הא מני ר״מ היא דאמר וכו׳ ואמאי דחק לאוקומי׳ כר״מ לאוקמא בהקדיש גוף הבית לשכירות אלא משמע דבית לשכירות כיון דאין הריוח יוצא מגוף הבית לא הוי כדקל לפירות אבל התוספות בגיטין ר״פ הזורק בד״ה ידה וכולי כתב וז״ל וא״ת חצרה נמי לא קניא ליה גופיה אלא לפירות וי״ל כיון דקנוי ליה לפירות הוי כאלו קנוי לו גוף החצר אבל מעשה ידיה מעלמא קאתו ע״ש אם כן חצר לפירות עדיף ממעשה ידיה וכיון דידיה לעושיהם הוי כדקל לפירות כ״ש חצר לפירות וכן כתב הרדב״ז סימן רכ״ב ומהרש״ח סימן ל״א ומהרח״ש ח״ב סימן כ״ה דמעות לריוח הוי כדקל לפירותיו וכן הוכיח המח״א בה׳ זכייה סימן ל״ד עיין שם וכתב הרב בני יעקב דע״א דהכי מסתבר דאטו אם הקנה בית לשכירות לא יועיל משום דאין המעות יוצאים מגופו הא ודאי ליתא אלא כל שבשכר הדירה נותן חשיב כאלו יוצא מגופו ע״ש :

ח׳ הג״ה כך אינו יכול למחול וכולי הב״ח בתשובות סי׳ קכ״ד דחה דברי הר״ן מהלכה עש״ב ואין דבריו מוכרחים וכל האחרונים תפסו דברי הר״ן להלכ׳ וכ׳ עוד דהפקר מהני אפי׳ לדבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו לכ״ע עיין שם אבל מהרימ״ע חא״ה סי׳ מ׳ כ׳ דאין אדם מפקיר דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו כמו שאינו מקנה ומקדיש דבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו והביאו ה׳ כנה״ג בסי׳ רע״ג אות ו׳ ע״ש וכן מוכח בהדיא בפר׳ מרובה דאמר רבא אי לאו דאר״י נגועים ור׳ דוסא אמרו דבר א׳ מאן תנא נגועים ר״מ היא וכו׳ אבל לקט כיון דממון דידיה הוא כי אתי ברשותיה הוא דמצי מפקר ליה כי ליתיה ברשותי׳ ל״מ מפקר ליה עיין שם ברש״י משמע בהדיא דהקדש והפקר שוים וא״כ לדידן דקי״ל דאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו ה״נ אינו יכול להפקירו ול״ל דה״ד במפקירו סתם אבל כשאומר כשיבא לרשותי יהא הפקר חל ההפקר דהא בהקדש כה״ג לא חל הקדש וה״ה בהפקר וכן הוכיח הרב בני משה :

ט׳ דין ה׳ דבר שבא לעולם אלא שאינו ברשותו וכו׳ אם מכר דבר שאינו שלו וקבל עליו אחריות צריך לפייס חבירו ולרצותו בדמי׳ ואם לא נתרצה אח״ך הו״ל המוכר אנוס ופטור ובטל המכר ה׳ בית יהודה סימן כ״ז עש״ב ועיין הרשב״ץ ח״ג סי׳ ס״ח :

י׳ ד׳ אלא שאינו ברשותו וכו׳ אם מכר דבר שאינו שלו בירושלמי פ״ו דתרומות אמרינן דמוכר חפץ לחבירו ונמצא שאינו שלו חייב להעמיד מקחו וכ׳ הר״ש ובפ״ק דב״מ לא משמע כן שיהא חייב להעמיד לו מקחו דקאמר התם גבי גזל וכו׳ ושמא יש לחלק בין מקרקעי למטלטלי עיין שם :

י״א הג״ה מ״מ אם טרח וכו׳ ק׳ מ״ש משדה זו לכשאקחנה קנויה לך דלא אמר כלום ובתוס׳ דמציעא די״ו בד״ה בההיא וכו׳ כ׳ מהר״ם ומהרש״א שם דהתם לא שייך ה״ט כיון דאין המכר עדיין ביד הלוקח לא ס״ד עיין שם וכן כתב בש״מ בשם גליון התוס׳ ומהרי״ך והריטב״א והר״ן שם תי׳ דבגזלן שהשדה כבר בידו ס״ד דלוקח דבקל ימכרנו הנגזל שהרי אינו בידו אבל התם דהשדה ביד בעליו לא ס״ד דלוקח דמי יכריחנו למכרו עיין שם ומצאתי להראב״ד בס׳ תמים דעי׳ סימן רמ״ו דף ע״ד ע״ב גבי משכון שכתב וז״ל ולדעת רבא נמי אי זבין ומטא גוביינא וכולי איכא מ״ד דקני לה לוקח כההיא דאמרי׳ בב״מ וכו׳ ולא גרע האי מגזלן והא אגפא לא מחוורא דהתם כיון דגזל הקרקע ומכרו לזה והעמידו בתוכו והרי הוא תחת ידו כי הדר גזלן וזבין ליה מנגזל או דגבי ליה בחובו ודאי לאוקומי קמי לוקח קא בעי אבל היכא דמלוה גופיה אכתי לא זכה בה מידי ולא קאי בגויה הו״ל כמי שאמר שדה זו לכשאקחנה קנויה לך דלא קני אבל מ״מ הלוקח חוזר על הלוה וכו׳ עכ״ל ועיין בספ׳ בני אהרן סימן ל״ג ומדברי התוספו׳ בקידושין דס״ג בד״ה כגון וכו׳ שכתבו וז״ל וא״ת כיון שלא חל הקנין אמאי הזהיר וכולי מ״מ כשקונהו שליחותיה עבד דניחא דליקו בהימנותיה כדאמרינן בפ״ק דב״מ גבי גזל שדה וחזר ולקחה וכולי נראה לכאורה דס״ל דאין חי׳ דאפי׳ מכר דבר שלא זכה בו והכיר בו כעבד אמרינן שליחותיה עבד דליקו בהימנותיה מיהו נראה דס״ד הכי אבל רב נחמן דאמר כגון שכתב לו לכשאקחך עצמך קנוי לך מעכשיו אשמעי׳ דר׳ סבר דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם דדוקא גבי גזל קרקע ומכרו שהוא תחת ידו או שלא הכיר ניחא ליה דליקו בהימנותיה אבל במכר דבר שלא זכה בו לא אמרינן הכי וה׳ זרע יצחק בתי׳ שם נדחק מנ״ל לרב נחמן דר׳ סבר כר״מ מברייתא דר׳ יהודה נשיאה עיין שם ובמ״ש אתי שפיר דרב נחמן סובר דלא אמרי׳ בהא דליקו בהימנותיה אלא דוקא בגזל :

י״ב דין ו׳ הפוסק על שער שבשוק וכו׳ וא״ת והרי כיון שאינו ברשותו לא קנה וכו׳ ויש לו׳ כיון שהדבר נמכר בשוק הוה ליה כאלו הוא ברשותו וז״ש הפוסק על שער שבשוק דמשמע שהוא דבר הנמכר בכל שעה מרן בכ״מ ברים פרק כ״ב מה׳ מכירה ע״ש ומהר״ש צרור בספ׳ חוט המשולש סי׳ י״ג הביא תשו׳ הרשב״ש סי׳ ע״א ומהר״י אדרבי סי׳ ע״ד דס״ל הכי והקשה עליהם מדברי הרמב״ם פכ״ד דין י״ג גבי דקלים דמשמ׳ דאינו חייב לקיים המקח ותי׳ דדבר שאינו מצוי ביד אחרי׳ לקנו׳ לכולי עלמא בטל המקח ודבר שאינו ברשיתו ומצוי ביד אחרים לקנות אבל אינו מצוי בכל שעה שירצה כגון דקלי׳ דעת הגאון ובעל העיטור והראב״ד רחיים לקיים המקח והרמב״ם והטור סבירא להו דכיון שאינו מצוי בכל שעה שירצה אינו חייב אבל דבר המצוי בכל שעה לכולי עלמא חייב עיין שם באורך ובאמת שכן משמע מדברי הטור שכ׳ בסימן זה על דברי בעל העיטור ואין כן דעת א״א הרא״ש ובסי׳ רי״א הביא דברי הרמב״ם דפוסק על שער שבשוק וכו׳ בלא חולק מיהו בבית יוסף שם מבוא׳ דפוסק על שער שבשוק שאני כיון דכבר יצא השער בשוק הוה ליה כאלו ברשותו אבל אם לא יצא השער אפילו מצוי לקנותו בכל שעה לא קנה עיין שם ומהריט״ץ סי׳ קס״ו

דחה

דהא דברי מרן בכסף משנה והסכים דבר שאינו ברשותו לא קנה ודוקא לענין מי שפרע מהני עיין שם וכן כת' ה' בני אהרן סימן נ"ז עיין שם וכן כתב הרדב"ז ח"ב סימן פ"ז שכן דעת רוב הפוסקים דאפי' דבר מצוי לקנות לא קנה וכן העלה הר"ן בחי' עיין שם ודברי הר"ן הובאו בהגהות הרי"ף בספ' דרך תמים דף ל"ב ובשיטה מקו' לבתרא דף ס"ט עמוד שני ומוכח שם דאפי' דבר המצוי בכל שעה לא קנה וכן מצא בקצת נוסחיי הרי"ף וכן גי' הרשב"א בהרי"ף שם וכן כתב הרי"ף בתשו' סימן רמ"ד וזה לשונו מי שהקדים מעות לחבירו פרקמטיא שבשוק והיתה מצויה לקנות ולא רצה ליתן לו אותה פרקמטיא אין כופין אותו ליתנה לו אלא שמקבל על עצמו מי שפר' עד כאן לשונו וזה לשון מהר"י ן' מיגש בתשובות הובאו בספ' א"ז למציעא על דף נ"ז עמוד ב' שלא נתחייב במי שפרע למי שמכר שאינו ברשותו וקבל בו המעות שאין חייב בו במי שפרע אלא אם קנה אחר כך אותו הדב' שמכר אותו ובא לרשותו שאז יכול הוא להשלים דברו אם ירצה שאז נתחייב אותו מי שפרע לפי שמכיון שקנה הדבר ההוא ובא לרשותו חל עליו מדרך האמונה ונידוק הדיבו' להשלים דיבורו ולתת הדבר ההוא לקונה ואם לא עמד בדיבורו נתחייב אותו מי שפרע אבל אם לא קנה הדבר ההוא ולא בא לרשותו מן הנמנע ההוא לחייב אותו מי שפרע אלא למי שבא אותו דבר לרשותו וכו' אמנם ר' נסים סובר שמי שמכר לחבירו סחורה שאינה מצויה אצלו אבל נמצאת בשוק שהוא מחוייב לקנותה לו ויכול להכריח אותו על כך והביא ראייה לדבריו מהתוספתא איך עלה בדעתו דבר זה והוא דבר שלא בא לעולם ואם דעתו שלפי שהוא נמצא בשוק דבר שבא לעולם הוא תיפוק ליה שהרי לא מבך השתא מוכר דבר שאינו ברשותו אמרת דלא קנה עד שימשוך מוכר דבר שאינו ברשותו קנה יליבא בארעא וכו' וסברא זו בלא ספק שהיא סבר' בלתי נכונה והתוספתא שהביא ראיה ממנה אין לסמוך עליה וכו' עיין שם הרי דסבירא ליה דאפילו דבר המצוי בשוק אין חייב לקנותה לו אלא דאם קנה אותו אחר כך ובא לרשותו ולא רצה ליתנה לו מקבל מי שפרע ועיין בהג"י שם שכ' דמלוה שאינה קונה אין בה מי שפרע וכן נראה מדברי הרי"ף שכ' דאפילו דברים ומשכון לא קאי באבל והרשב"א בשיטה מקובלת שם הקשה על זה מעובדא דההוא גברא דיהיב אגדוניא וכו' ותי' ואולי דגדוניא דבר המצוי הוא הרבה כל ימות השנה כמי שיש לו עיין שם ואם כן נר' דעת הרי"ף דוקא דבר המצוי לקנות קאי במי שפרע ולכך נקט בתשו' והיתה מצויה לקנות וכו' דאם אינו מצוי לקנות אינו מקבל מי שפרע דכל שלא קנה מן הדין אין מוסרים אותו למי שפרע כמו במלוה ומשכון גם בעל העיטור במאמר קנין דף ה' עמוד ג' ובסוף מכירת קרקעות ד' ק"א עמוד ב' מבואר דסבירא ליה הכי וגי' כן בהרי"ף דאפילו דבר המצוי לקנות לא קנה אלא שכתב אבל אם מוכר מתני לאקנויי ליה דבר שלא בא לעולם ואדעתא דהכי יהיב ליה זוזי מחייב לאוקומי ליה תנאו ורבי' נסים מייתי ראייה וכו' ונראה דטעות סופר וצריך לומר דבר שבא לעולם ונראה לי דלא אמרו אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו אלא אם שניהם יודעים שאינו ברשותו אבל דעתו לקנות דבר שבא לעולם חייב לקנות וכן העתיק הרשב"א והרדב"ז שם וכן כתב ה' פני משה חלק ראשון סימן ס"ו דף קכ"ח ע"ד ועיין בספר משפט צדק חלק ב' סימן כ"ב עיין שם ועיין בה' שפתי כהן שהביא דברי בעל העיטור ומהרשד"ס וליתא דבב"י משמע דהרי"ף והרמב"ם ושאר פוסקים לא סבירא להו הכי וכן כ' בשי' ר"א דהרמב"ם מפרש דהך תוספתא שפוסק על שער שבשוק עיין שם וכן הרשב"א בשיטה מקובלת לבתר' חולק בזה וכן כתב הרדב"ז שם דלא קיימא לן כהך תוספתא לדעת הרי"ף אלא שכתב עוד דמיירי כשהראה לו פיתא ומכרם שאינם שלו דבזה חייב להעמיד לו מקחו כיון שסמך הקונה דעתו וזה פשרה נכונה ועיין בתשו' ה' בית חדש סימן כ"ג ובספר דברי אמת קו' שביעי :

וראיתי להרשב"ש סימן ע"א שכתב דהרי"ף סבירא ליה דכל דבר שאינו ברשותו הוי כדבר שלא בא לעולם אבל דעת ר' נסים גאון ובעל העיטור דדוק' דבר שאינו ברשותו כלל אבל המוכר פירות לחבירו אף על פי שאינם ברשותו הם ומצוי ביד אחרים ודבר שבא לעולם הוא וכן נראה שהיא דעת הרמב"ם שכתב הפוסק על שער שבשוק אף על פי שאין אותו המין שפוסק ברשו' מוכר וכו' ואם חזר בו מקבל מי שפרע ומה שכ' רבי' שמקבל מי שפרע דוקא במעות אבל אם קבל בקנין חייב ליתן לו את שלו עיין שם הרי שכתב דרבינו נסים ובעל העיטור והרמב"ם סבירא להו דדבר המצוי בשוק לקנות הוי כדבר שבא לעולם ובמעות קנה למי שפרע אבל בקנין חייב ליתן לו את שלו ומה שהקשה מהר"י ן' מיגש על רבינו נסים שהרי לא משך ואם מוכר דבר שהוא ברשותו לא קנה עד שימשוך כל שכן מכר דבר שאינו ברשותו כו' דרבינו נסים לא אמר דחייב לקנות לו אלא בקבל קנין אבל במעות ודאי דאינו חייב לקנות לו אלא שמקבל מי שפרע :

י"ג דין ז' אבל אם שייר לעצמו בעין יפה שייר כ' הרשב"א סי' אלף נ"ג הנותן ביתו ושייר דירה לעצמו יש מחכמים שאמרו שאינו יכול להשכירו לאחרים ואינו מחוור לפי שהמשייר דירה כמו המשייר פירות ויכול להשאיל ולהשכיר למי שירצה וכן הסכימו האחרונים והביאו ה' כנה"ג בשי' ש"ו הגב"י עיין שם ובתשו' הרשב"א ח"ה סימן ק"ו כתב שמשייר אותו לזה דיכול להשאיל ולהשכיר עד שיתנה בפי' ובלבד שלא תהא רשאי להשאיל ולהשכיר עש"ב ונראה ודאי אם מת הנותן אין לבניו דירה אא"כ פי' לי וליורשי כדהכא :

י"ד ואפי' אם חזר הלוקח א' וקנה משמע אפילו עשו קנוניא שמכרה לאחר כדי להפקיע זכות הפירו' משמעון קנה הרדב"ז ח"א סי' רכ"ד ע"ש :

ט"ו דין ט' נתן דקל לא' ופירות לא' וכולי דוקא כשנתן בבת א' אבל אם נתן הדקל לא' חוץ מפירות כיון דאמרי' דלעצמו בעין יפה שייר לו הגוף ואח"ך נתנו לאחר קנה הרשב"א הביאו ה' כנה"ג עיין שם וכן כתב המבי"ט ח"ב סי' קל"ז עיין שם :

עוד כתב המבי"ט שם דלבתו ולבנו משייר בעין יפה דקרוב אדם אצל בנו כדתנן בפ' מ"ש ילדה אשתו זכר יטול מנה וכולי וה"ה בתו עיין שם ולכאורה נראה שזה תלוי במחלוקת שכ' מרן הב"י סימן זה וז"ל וכתב הר"ן בפ' מי שמת שדעת הראב"ד לומר דכיון דטעמא הוא משום דלגבי עצמו בעין יפה הוא משייר דוקא או במתנת בריא הוא דאמרינן דמשייר לנפשיה אבל במתנת שכ"מ דאינה אלא לאחר מיתה לא דהא לנפשיה לא משייר ולא מידי אבל הרשב"א כ' שאף מתנת שכ"מ בכלל דכל מה דמשייר לבניו וליורשיו בעין יפה משייר עכ"ל א"כ לדעת הראב"ד דוקא לעצמו משייר בעין יפה ולא לבניו אבל לדעת הרשב"א נראה דמשייר ליורשיו אפילו אינם בניו בעין יפה ונראה דודאי נפשיה עדיף מבנו כדאמרי'

בכתובות דע"ט גבי מברחת דנפשיה עדיפא מברתה וכו' הרא"ש כלל ע"ח סי' ג' דה"ה לגבי בנו נפשיה עדיפא ליה עיין שם והכי אמרי' בפ' י"נ בכותב נכסיו לבנו מהיום ולאח"מ דנפשיה עדיפא ליה עיין שם :

ט"ז מי שהקדיש קרקע הגוף מנכסיו והפירות לו ולבנותיו כשם דלעצמו אמרינן דבעין יפה שייר מקום הפירות ה"נ לבנותיו ואע"פ שלא כ' לשון מתנה הואיל ובחדא מחתא מחתי' המבי"ט ח"ב סימן קי"ח והביאו ה' כנה"ג אות ס"ח עיין שם ויש להסתפק דהא מ"ל בפ' מ"ש שכ"מ שהקדיש כל נכסיו עמד מי אמרי' כל גבי הקדש גמר ומקני א"ד כל לגבי נפשיה לא גמר ומקני עיין שם ואם כן בנותן הגוף להקדש והפירו' שייר לעצמו א"ל דלא משייר לעצמו בעין יפה לגבי הקדש :

י"ז ושני לא קנה כלום אפילו תפס ודאי דמוציאין מידו דלא שייך אי שמיט ואכיל וכולי ה' מח"א ה' מוכר דשב"ל סי' א' עיין שם :

י"ח יש להסתפק במוכר דבר שלא בא לעולם ומת אם טוענים ליורשים שהיה אביהם חוזר והם יורשי' כחו או לא וכה"ג נסתפק ה' מולא מאש ח"ב סי' ה' במאי דקי"ל בשטר מכר או מתנה דאפי' המוכר או הנותן אמר לעדים כתבו ותנו יכול לחזור בשטר אם טוענו' ליורשי' שאם היה אביהם קיים יכול למחות או לא עיין שם ומדברי הרשב"א במיוחסות סימן ב' שכתב אבל במקרקעי אין מעשה קטן כלום ומעשיו בטלים הם מנכסיו ולא תימא אין ממכרו ממכר שאם ירצה חוזר בו אבל כל שלא חזר בו ממכרו קיים אלא מנכסיו בטלים ולא עשה כלום וכו' וכל זמן שהוא שותק או שהלך למ"ה או שמת אסור לאכול הפירות ומסלקי' הלוקח מן הקרקע לגמרי וכו' עיין שם משמע לכאורה דאם ממכרו קיים אע"ג דיכול לחזור בו אם לא חזר ומת אין מוציאין מיד הלוקח מיהו ראיתי למהרימ"ט חח"מ סי' ל"ג שכתב וז"ל אבל אכתי א"ל דכל שהאב יכול לחזור בכל שעה שירצה עכשיו שמת לא נתחייבו היורשים וכולי וירשו כל אותו זכות שהי"ל כדאמרי' בספ"ק דגיטין למ"ד הולך לאו כזכי דמי ואם בא לחזור חוזר אם מת משלח יחזיר ליורשיו אי לאו משום מצוה לקיים דברי המת ובמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול ואפי' יורש מוחל דהותו זכות שיש להאב מורים ליורשיו וכו' עיין שם הרי דס"ל דיורש כח מורישו דיכול לחזור ואפי' היה בשבועה ככ"ד עיין שם וראיתי לה' כנה"ג בסי' רל"ה אות ל"א כתב וז"ל הלא שאני מסתפק בקטן שמכר בפחות מבן ך' שנה ונשבע ומת פחות מבן ך' אם יורשיו יכולים למחות על המכירה ולומר אם הוא נשבע אנו לא נשבענו בשלמא לדעת הרמב"ן דמעשיו בטלים מנכסיו אפילו בלא חזרת הקטן וכו' ודאי יכולים וכו' אבל לפי מה שכתב מהרימ"ט ח"א סי' קכ"ב שדעת הרמב"ס דקטן שמכר בפחות מבן ך' מכירתו מכירה כל שלא חזר יש להסתפק אם נשבע ומת אם יורשיו יכולי' לבטל המכיר' דל"ד למקנ' דבר באסמכתא או בדשלב"ל דהמכר בטל מעיקרו ואינו מכר ונמצא שלא קנה הלוקח כלום אלא דמצד השבועה חייב המוכר לקיים המכר אז יכולים יורשיו וכו' אבל בקטן שמכר וכו' דהיורשי' אינם זוכים אלא מפני מחאת הקטן דטוענ' ליורשים לא היה יכול לחזור בו גם הם אינם זוכים וכולי ע"ש הרי דפשיטא ליה דבלא שבועה כיון שהקטן יכול לחזור טוענ' ליורשיו כן ויכול לבטל המקח מיהו מאי דס"ל דמוכר באסמכת' או דשלב"ל דהמכר בטל מעיקרו ואפילו נשבע היורשי' יכולי' לבטל נ"ל דהמכר קיים אלא שיכול לחזור וכן ראיתי לה' מעיל שמואל סי' ס"ח שכ' גבי קטן פחות מבן ך' שמכר נכסי אביו דמודה הרמב"ם לרבותיו דאם חזר דמוליא כל הפירו' דהמכר בטל מעיקרו ובפ' אז"נ דאמרינן במכר דבר שלא בא לעולם דאי שמיט ואכיל לא מפקי' מניה התם לא אמרו לא עשה כלום אלא יכול לחזור בו אבל הכא דאמרו לא עשה כלום משמע דמעשיו בטלי' ממילא בלא חזרה כמ"ש הרשב"א עיין שם הרי דס"ל דמוכר דבר שלא בא לעולם אין המכר בטל כל שלא חזר בו לכך אי שמיט ואכיל לא מפקינן מניה דאם המכר בטל מעיקרו המעות הוו מלוה והפירות הוו רבית ואם כן נראה אם נשבע אין היורשים יכולים לבטל המקח והר' כנסת הגדולה בסימן רי"ב הגב"י אות כ"א תמה על מהרשד"ם בתשו' שכת' וא"כ מכח השבועה חייב אביהם לקיים מ"ש בשטר ויתומים במקום אביהם דכיון דאביהם פטור מן הדין ומחמת השבועה הוא דחייב לקיים אין היתומים חייבים כמ"ש הריב"ש סי' של"ה ואפשר לדחוק כיון שאנו באים לזכות ליורשים מכח דטעני' ליורשי' מה שאביהם יכול לטעון ואביה' היה יכול לומ' שהפקיד אם כן כשיש שבוע' דאנן סהדי דודאי לא היה טוען כן ועובר על השבועה לא טעני' ליורשים ודמי למילתא דלא שכיח' דלא טעני' לדעת קצת וכ"כ בחי"ד סי' קע"ז אות כ"א עיין שם וא"כ נראה במכר אף על גב דטעני' ליורשים שאביהם ה"ה יכול לחזור כשיש שבועה דאנן סהדי דלא חוזר ועובר על השבועה לא טענינן ליורשים וכהאי גוונ' קיימא לן בסימן ל"א שכ"ח אמר מנה לפלו' בידי וכולי ונשבע על הודאתו ובא הלה ותבעו והשיב שלא להשביע את עצמי נתכוונתי והשבועה היתה לשקר אין שומעין לו דחזקה אין אדם נשבע אלא באמת כמ"ש הטור שם אלמא אמרי' חזקה דלא נשבע לשקר ומוציאין ממון ממנו מיהו א"ל דה"ד בשבו' דלעבר דמוליא שבועת שקר אבל בשבו' דלהבא לא אך מהרשד"ם סי' קל"ח פסק דטוענ' ליורשי' כל מה שאביהם יכול לטעון אפילו טענה דלא שכיחא כדעת הרי"ף והרמב"ן והרא"ה והרשב"א והנ"י עי' שם וכל שכן הכא דאינה טענה רחוקה ועוד דמהרשד"ם סי' רע"ד כ' בב' שותפין בחצר שהתנו ביניהם בשטר שאם א' מהם רוצה למכור חלקו לא ימכור לאחר אלא לחבירו ונשבע כל אחד לדעת חבירו ומת אחד מהם כתב וז"ל ובודאי שיש הפרש בין חיוב מחמת השבועה לחיוב מחמ' קנין שהקנין מחייב לו וליורשיו וכו' אבל מחמת השבועה כיון שנסתלק הנשבע אין יורשיו מחוייבי' מחמת השבוע' וכל שכן דאפשר דטעני' ליורשים שהתירו זה לזה וכולי או שמא התירו ג' ובדיעבד אם התירו מותר עיין שם הרי דאפילו בנשבע על דעת חבירו ס"ל דאין היורשים חייבי' לקיי' וטוענ' להם שעובר אביהם והתיר או היתרו זה לזה וה"נ נטעון להם שאביהם הפסיד ועבר והתיר שבועתו או התירו זה לזה משום איסור רבית ויש לחלק (א"ה עכ"מ והשאר קרוע ואחר כך מצאתי ומ"מ) ומ"מ בשלא יש שבועה טוענים ליורשים כן ומבטלים המקח ומוכר דבר שלא בא לעולם בטל מעיקרו ואפילו נשבע היורשים יכולים לבטל שהרי כ' הרשב"א במיוחסות בקטן שמכר דאין ממכרו ממכר לא שאם רצה חוזר בו אבל כל זמן שלא חזר ממכרו קיים אלא מנכסיו בטלים ולא עשה ולא כלום וכו' וכל זמן שהוא שותק או שהלך למ"ה או שמת אסור לאכול הפירות ומסלקי' הלוקח לגמרי וכו' אבל מ"מ אם רצה הקטן במה שעשה כלומר שתקיים מתנתו ומתוך כך אכל הפירות אין מוציאין מידו וכולי אלמא דוקא אם רצה שתתקיים מתנתו אין מוציאין מידו
אבל

אבל ששתק או שהלך למדינת הים מוליאן ואם כן מכר דבר שלא בא לעולם אם הלך המוכר למדינת הים או שמת מסלקי' הלוקח לגמרי ודוקא שותק ואכל הפירות מדין מחילה דאפילו בטעות מהניא והתוספ' בבתרא דף קנ"ג בד"ה הכא במכירי וכו' כ' וז"ל וה"ט שזהו נתנ' מועטת ואסור לחזור בו ואפילו בדברי' בעלמא ואף על פי שאם רצה יכול לחזור בו מכל. מקום כל דלא הדר הוי כמוחזק וכו' ודוקא דאשתיק בחיי אבוהון וכו' עיין שם הרי דאפילו דאסור לחזור כיון שאם רצה חוזר לא חשיב כמוחזק וכן כתב הר' יונה בספ' א"ז שם דהתם דוקא חשיב מוחזק משום דעשו שאינו זוכה כזוכה עי"ש וכת' ה' שע"ה בהל' היבות דף י"ט דה"ד לגבי אביהם אבל אם מת אביהם ולא חזר גובה מהיורשי' בע"כ דמסתמא לא היה חוזר כיון דאיכ' איסו' וה"ד התם אי ס"ל דנתנו' שלא הורמנו כמי שהורמנו דמי עיין שם הרי דס"ל דאפי' באיסור אסור לחזור כיון שיכול לחזור אם מת ולא חזר אין היורשים חייבים :

י"ט כתב בעל התרומות שער מ"ו דקטן פחות מבן ך' שמכר בנכסי אביו אף על פי שיכול לחזו' המעות שנתן דין מלוה בשטר יש להם לטרוף ממשעבדי אבל הרשב"א בתשו' חלק שלישי סימן קכ"א כתב דאינו גובה אלא מנכסים בני חורין והביאו הב"י עיין שם וגר' טעמו כמו שכתב בתשובו' המיוחסות סימן ב' וזה לשונו אבל במקרקעי אין מעשה קטן כלום ומעשיו בטלים הם מעכשיו ולא תימא אין ממכרו ממכר שאם רצה חוזר בו אבל כל זמן שלא חזר בו ממכרו קיים אלא מעכשיו בטלים ולא עשה ולא כלום ומגילא הוא בטלים וכולי והראיה מדאמרינן בפרק מ"ש הבא תוך זמן דאזל וזבין נכסיה אתא לקמיה דר"כ אמר ליה לא עשה ולא כלום מאן דחזא סבר משום דתו"ז כלפני זמן וכו' אלמ' פשיט' ליה דלפני הזמן לא עשה ולא כלום וכל מקום שאמרו לא עשה ולא כלום אין מעשה קטן כלום משמע דמעשיו בטלים ממיל' בלא חזרה שאלו היה צריך לחזור בו היה או' יכול לחזו' בו ואין זה צריך לפנים דאין ספק דממכרו ומתנתו בטל לגמרי וכל זמן שהוא שותק או שהלך למדינת הים או שמת אסור לאכול הפירות ומסלקינן הלוקח מן הקרקע לגמרי וכו' עכ"ל ואם כן קטן פחות מבן עשרים שמכר בנכסי אביו דבפרק מי שמת מיירי בכך לא עשה כלום ובטלה מכירתו ממילא בלא חזרה והוה ליה שטר שלא ניתן ליכתב אבל מוכר דבר שלא בא לעולם אף על גב דיכול לחזור בו המכר מכר כל זמן שלא חזר אבל המוכר דבר שאינו שלו כיון דהמכר בטל ממילא (אמר המגיה עכ"מ) :

סימן ר"י

א' דין א' לפיכך המזכה לעובר של אחר לא קנה וכו' כ' הב"י בשם הריטב"א דיכול אדם לזכות לעובר בקנין ע"מ להקנות כדאית' בנדרי' והביאו מרן הב"י סוף הסימן עיין שם וכתב מהר"י הלוי בס' בתי כהונה ח"א בבית ועד סימן ו' דהעובר זוכה מכח המקבל הא' ואם מת קודם שיתגם לו בטלה המתנה שהרי כתב הרמב"ם בפ"ז מהלכות נדרים וז"ל וכל הנותן מתנה לזה על מנת להקנות לאחר ה"ז האחר קנה בעת שיקנה לו הא' ואם לא הקנה לו הא' לאותו האחר לא קנה לא הא' ולא השני עכ"ל משמע דהוי ככל תנאי דעלמא דכל שלא נתקיים התנאי חזרו הנכסי' לרשות הנותן וה"ה אם מת הא' ולא הספיק להקנותו לשני והסכים עמו הרב המחבר בסי' ז' עיין שם באורך וכן כ' הרב פני משה חלק ראשון סי' ל"ב שהקונה הוא שמקנה ע"ש. והרמב"ם פי"א מהלכו' מכירה כתב מי שהקנה לחבירו והתנה עמו על מנת שתתן מקח זה או תמכרנו לפ' אם נתנו או מכרו לאותו פ' קנה וכו' וכ' המ"מ זה פשוט דכל תנאי שבממון תנאו קיים ונלמד זה מסוגי' דפ' המגרש ע"ש ונראה שלמד כן מההיא דנדרים וכן מצאתי לר' האי בס' המקח סוף סי"ז וז"ל והיכא שהתנה עליו המוכר ללוקח וא"ל הריני מוכר לך זה החפץ על מנת שתמכור אותו לאיש פ' הרי אותו תנאי קיים וכו' כדגרי' ההוא גברא וכולי. והכא נמי אמר קני על מנת להקנות קנה דהא סודרא וכו' עיין שם הרי שלמד מהך דקני ע"מ להקנו' והוי ככל תנאי דעלמא :

ב' ואם היה בנו קנה וכו' נראה דאפילו נתן לעובר דבר שאינו ברשותו כגון הלואה דאיכא תרתי דבר שלא בא לעולם לדבר שלא בא לעולם לעובר שלו קנה וכן מצאתי בתשו' מהר"ם הקלרות סי' קל"ג ראובן שהיה בכ"מ והיתה אשתו מעוברת והזכיר העובר ונתן לאשתו כל נכסיו לבד חוב אחד שיש לו על השר ונתנו לעובר וז"ל קי"ל בפ"ק מ"ם כר"י דאמ' המזכה לעובר שלו קנה וכולי אף על גב דאיכ' למיתמה אם כן מלינו דעובר מנחיל כגון אם זיכתה לו אמו מנכסיה והואיל וזכה מנחיל לאחיו מן האב ותנן דוקא בן יום א' וכולי א"ל נוחל ומנחיל לא אשכחן אבל הכא בתורת מתנה זכה ולא בתורת ירושה עכ"ל מבואר דס"ל דדעת האם נמי קרובה אצל בנה כמו האב וזה נראה לכאורה הפך המבי"ט ח"א סימן של"ט שכ' דדוקא באב אמרי' הכי ולא באם עיין שם גם הרב שבות יעקב חלק ראשון סימן קי"א וח"ב סימן ק"ג דחה דבריו עיין שם וכן ראיתי לה' בני חיי בא"ה סימן כ"א שדחה דבריו מתשו' מהר"ם הקלרו' סי' קל"ג עיין שם באורך וכן כתב המבי"ט חלק שני סימן קל"ז על אשה שהקנתה חתול א' של אלג'אלייה ועד זמן ג' חדשים נתנה הפירות לבתה והוי דבר שלא בא לעול' אף ע"ג דלאחר לא מסייר בעין יפה מסייר לבת דקרוב אדם אצל בנו כדתנן וכו' ואם כן כי היכי משו' דקרוב אצל בנו מקנה לעובר שלו שהוא לדבר שלא בא לעולם הכא נמי שאדם מקנה לבנו או לבתו דשלב"ל דדשלב"ל ולדבר שלב"ל כי הדדי נינהו עיין שם וכן הסכים הלכה למעשה וכן כתב הרב פני משה חלק ראשון סימן מיהו מדאמרי' בפרק י"כ לרבנן ל"ל יכיר פשיטא דמגו דאי בעי למיתב ליה במתנה מי לא יהיב ליה בנכסי' שנפלו לו לאחר מכאן ולר"מ דאמ' אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכיר ל"ל לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס עיי"ש משמע דלרבנן ניחא דאפי' לבנו אינו יכול להקנות דבר שלא בא לעולם ואפילו לר"מ אם נפלו לו נכסי' כשהוא גוסס לא נקנו לו במתנה והמבי"ט ס"ל שם דאפי' מת הנותן כשבאו לעולם קנה עיין שם וה' שער המלך בה' מכירה דכ"ח תי' דאילטריך קרא להיכא דמת הבן והניח בנים דנאמן הזקן לומר שאביהם היה בכור כדי שיטלו הבנים פי שנים דבזה ליכא מגו דאי בעי יהיב ליה במתנה דהא דאמרי' אדם מקנה לבנו דבר שלא בא לעולם משו' דדעתו קרובה אצלו ה"ד בבנו ולא בבן בנו ודחה ה' זה ממ"ש מהרימ"ט בתשוב' בני אהרן סימן ט' דלא נתנה תורה נאמנו' לאב להכיר את הבן אלא בזמן שישנו בעול' וכולי עיין שם אלא שכתב דבתשו' מהריק"ו שורש קמ"ו מבואר הפך מהרימ"ט כמו שהוכיח מהר"י הלוי הובאו

דבריו בס' בתי כהונה חלק בית ועד סימן ו' עיין שם וכבר כ' ה' עלמו הלכות נחלות דלא כ' מהרימ"ט אלא כשמת הבן והניח אשתו מעוברת דליכא מגו דלא שייך במתנה דהמזכה לעובר לא קנה אבל בנדון מהריק"ו שהיו לבכור בנים בעולם פשיט' דנאמן האב לומר שבנו בכור ויש לבני בנו פי שנים במגו דאי בעי יהיב להו במתנה ואם כן בדבר שלא בא לעולם דאינו יכול להקנות לבני בניו דליכא מגו אין האב נאמן להכיר את הבן אלא בזמן שישנו בעולם מיהו נראה דאם אמר האב על הבן שהוא בכור ואחר כך מת הבן והניח בנים ונפלו נכסים לזקן אחר מיתת הבן ודאי (א"ה עכ"מ) :

ג' כתב ה' קהלת יעקב דקל"ח דדבר שלא בא לעולם דאינו נקנה לא משום דלא גמר ומקני אלא דלא שייך בו קנייה אבל לדבר שלא בא לעולם משום דלא גמר ומקנ' והוי כאסמכתא לכך לעובר שלו דדעתו קרובה אללו גמר ומקנה עיין שם ונראה דדבר שלא בא לעולם ודאי לאו משום דלא גמר ומקנ' דהוי כאסמכתא דהא קי"ל דאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם וכן שכ"מ שאמר יאכל פ' פירות דקל זה לא אמר כלום וא"א דהוי כאסמכתא הא אסמכתא קניא בהקדש ובשכ"מ כמ"ש המרדכי בפ' ד' וה' בשם מהר"ם והביאו מרן הב"י סי' ר"ז מחו' א' עיין שם וז"ל הרמ"ה בפ' מ"ש סי' ג' דאם ילדה אשתי זכר הא מתני' לא מיתוקמא אלא בשכ"מ דמחלק כל נכסיו א"נ במלוה מחמת מיתה ומתנתו באמירה בעלמא ומהני בהו האי לישנא דאם ילדה יטול אבל בבריא א"נ בשכ"מ במקלת היכא דלא מוכחא מילתא דמלוה מחמת מיתה אסמכתא הוא ואסמכתא לא קניא וכו' וכ"ת מ"ש שכ"מ מבריא וכולי הא נמי כדי שלא תטרף דעתו עליו וכו' דהא אסמכת' נמי כי לא קניא בבריא ה"מ היכא דלא מטי ממונא לידא דמקבל מתנה אבל היכא דמטי ממונא לידא דמקבל מתנה בתורת מתנה אע"ג דאקני ליה בלשון אסמכתא נמי קני וה"ה גבי שכ"מ וכו' דהא דברי שכ"מ ככתובי' וכמסורי' דמו וכמאן דמטי לידיה דמי ועוד מ"ט אמור רבנן אסמכתא לא קניא דס"ד דלא מקיים תנאה ולא גמר ומקנה הכא גבי שכ"מ כיון דמלוה מחמת מיתה נגמר גמר ומקנה דאין אדם משטה בשעת מיתה עכ"ל הרי דס"ל דבשכ"מ ליכא אסמכתא משום דדברי שכ"מ ככתובי' וכמסורים דמו או משום דאין אדם משטה בשעת מיתה וה"ה בהקדש מה"ט דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וה"נ אין אדם משטה להקדש כמ"ש הרדב"ז סימן קע"ג ע"ש ואם כן לה"ט דלא שייך השטאה בשכ"מ ובהקדש ע"כ דדבר שלא בא לעולם לאו משום דלא גמר ומקנה דא"כ שכ"מ אפי' דבר שלב"ל ליקני אבל לטעמא דכמאן דמטא ממונא לידהו דמי א"ל דדבר שלא בא לעולם לא קנה אפי' בש"מ ובהקדש דלא שייך ה"ט דכמסורים דמי כיון שאינו בעולם וכן מבואר בתשובות מהרשד"ם סימן כ"ח דדבר שלא בא לעולם הוי כאסמכתא דלא גמר ומקנה דדבר שלא בא לעול' לא יחול בו קנין כלל ע"ש :

ד' כתב ה' בית יהודה ח"א סי' ל"ו בשטר שכתו' בו לו ולבאי כחו דלא מהני אלא לבאי כחו שהיו בעולם אבל אותם שלא נולדו עדיין לא זכו דאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם והוי כמ"ד קני את וחמור דלא קנה אלא מחצה ויש לפקפק בזה שעיקר ההקנאה היא נמשכת מהאב לכן כל שהזוכה קיים בעולם מקנה לבנו אחריו אפילו לא היה הבן בעולם והא דאינו מקנה למי שלא בא לעולם היינו אם עיקר הקנאה למי שלא בא לעולם עיין שם וליתא דגבי נכסי לך ואחריך לפ' כ' הרא"ש בתשובות הביאו הטור סי' רפ"ח דוקא למי שהוא עכשיו בעולם ולא למי שאינו בעולם וכן כתב מהר"ס בתשובות הקלרות סי' ר"ה והובא בתשובות המיי' ס' משפטים סימן ז' עיין שם ומהרימ"ט סימן כ"ג כתב דאין מקנה למי שאינו מבורר ואי קשיא מדאמרי' בפ"ק דגיטין גבי מעמד ג' נעשה כא"ל משתעבדנא לך ובכל דאתי מחמתך והרי אותו האיש לא היה מבורר בשעת השעבוד והיכי משתעבד ליה הא לא ק' דהתם מתוך שנשתעבד לא' שהוא מבורר שעבוד גמור יכול הוא להשתעבד לכל הבאים מכחו דשלוחו וכיולא בו הוא ע"ש הרי אע"ג דאינו משתעבד למי שאינו מבורר בשעת השעבוד מ"מ אם הא' שנשתעבד לו מבורר הוא יכול להשתעבד לכל הבא מכחו וה"נ דכוות' אבל הא ליתא דהא בפ"ק דגיטין פרכינן עלה אלא מעתה הקנה לנולדי' דלא היו בשעת מתן מעות ה"נ דלא קנה וכולי וכתב הרשב"א דאם הקנה למי שאינו ראוי לקנות נשאר שעבודו של מלוה עלמו עליו ועוד דהא לא קאמר אלא לבאים מכחו וזה אינו בא מכחו דהא וכולי עיין שם וכן כתב הרשב"א בתשובות ח"ב סימן י"ח במתנה שנתנו לאשה רחל ואחריה ליורשיה ואח"ך נשאת ומתה דיורשיה שהיו לה באותו העת זכו בה ולא הבעל לפי שהבעל עדיין לא בא לעולם ולא היה יורשה באותה שעה עיין שם גם המרדכי בפ' י"נ סי' תקע"ח וז"ל קבלתי ממורי ממגנצא דאפי' אם יהיו לו בנים זכרים אח"ך וכו' לא יהיו יורשי' כא' הבת יורשת לאחר שבשעה שאמר נכסי לירתי לא היה שם יורש כ"א אותה הבת דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם ואני דנתי לפני רבותינו וכו' ורמזו מרן הב"י סימן רמ"ח והד"מ שם לא ראהו ודקדק כן מדברי הטור שם דאין כוונתו אלא ליורשים שהיו בשעת המתנה ע"ש וכה"ג אמרינן בבתרא ד' קכ"ח גבי האומר תטול אשתי כאחד מן הבנים ובנכסים של עכשיו וכ' רשב"ם בנכסים של עכשיו שאם נתרבו הנכסים בשעת חלוקה דאינה נוטלת אלא באותם שהיו בשעת אמירה דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואפילו לר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלב"ל ה"מ במ"פ אבל בסתמא אין אדם מעלה על דעתו דבר הראוי לו לבא להקנותו אלא לדבר שהוא מוחזק בו הילכך הך האשה ידה על התחתונה וכו' ע"ש אלמא אפילו לר"מ דאדם מקנה דבר שלב"ל ה"מ במ"פ אבל בסתמא דעתו על המוחזק בו וה"נ גבי חיוב אע"ג דחל על דבר שלא בא לעולם ה"מ במ"פ אבל בסתמא לא וכה"ג כתב מהר"ס מלובלין בתשובות סימן ט"ס ע"ש (א"ה עכ"מ ואח"ך מלאתי בקו' אחר שייך על דברי ה' בית יהודה אחר דברי הרמ"ה הרי דס"ל וכו') הרי דס"ל כדעת ר"י דמסתמא לבניו שהם בעולם קאמר דשייך בהו הקנאה וגם לא דמי לקני את וחמור משום דלא שייכי שעבודייהו כהדדי וכן בקידושין דנ"א גבי מעשה בחמש נשים ובהם שתי אחיות ואמר הרי כולכם מקודשות לי וכו' דאמרי' ה"ד אלימא דאמר כולכם קני את וחמור הוא אלא לאו דאמר אחת מכם וכו' ופרש"י אלא לאו א' מכם דלאו את וחמור הוא דאם קדש זו לא קדש זו עיין שם אלמא לא הוי כקני את וחמור כיון דלא שייכי כהדדי דאם קדש זו לא קדש זו וה"נ לכל מי שיוציא שטר זה דלא נשתעבד אלא לא' מהם וגם הרא"ש בתשו' כלל ס"ח סימן ז' כ' נהגו בטוליטולה אע"פ שכותבי' בשטרות או למוציא שטר זה יהודי או גוי שאין מוציא השטר גובה בלא הרשאה וכו' וכן מסתבר מדכללן יחד יהודי

יהודי או גוי וגוי דבר פשוט הוא שאינו יכול לגבות בו וכולי דאין זכייה לגוי וכולי ומדהא ליתא הא נמי ליתא ע"ש וכבר כ' מרן הב"י סימן ס"א דלא כ"כ אלא לתת טעם למנהג טוליטולה אבל האמת אפילו כתב בו בין ישראל ובין גוי גובה ישראל המוציאו בלא הרשאה ע"ש וה"נ באומר נכסי לך ואחריך לפ' שלא היו בעולם נראה דל"ד לאת וחמור כיון דלא שייכי שעבודי בהדדי דבשעה שזה קונה זה אינו קונה ובבתרא דקל"ט מדמי' לה לשני שדות וב' בני אדם ע"ש ברשב"ם ובשני מתנו' מחולקים כגון האומר שדה פ' לילוד ושדה פ' לעובר ודאי דלא הוי כקני את וחמור אבל ראיתי להמבי"ט ח"א סי' ש"ט בנותן מתנה לבתו נשואה ע"מ שאם תמות ויהיו להם בנים ירשו הבנים אותה שוה בשוה כתב וז"ל ולק' כ"ש הנער היולד ירש הכל והנולד אח"ך הוי מקנה לדבר שלא בא לעולם דלא היא וכו' דמגוילא הוא יורש כדין שמתה כיון שהיו לה ב' בנים דבבן הא' נסתלק' ירושת הבעל ואם יהיו לה בנים אחרים ג"כ כולם יורשים אותה ונראה דמה"ט נמי מהני תנאי שירשו הבנים בשוייה אמם ולא הבעל אע"פ שלא באו לעולם משום דאינו מקנה מעיקרא למי שעתיד להוולד אלא לאשה ע"מ שיירשנה בנה אח"ך א"כ י"ל התם משום תקנת הצבור היא כמו תנאי ב"ד וכו' עיין שם הרי דס"ל דהאומר לאשה נכסי לך ואחריך לבניך זכו אפי' הבנים שלא היו בעולם :

ה' הגה דאם לא מת וכו' אבל אם חזר בו המזכה או מת ונפלו נכסים קמי יתמי לא קנה שלא נגמר הקנין עד שיולד הטור וכ' הפרישה משמע לכאור' דטעמא משום דטעני' להו שמא חזר בו אבל זה ליתא דאפילו ידעינן שלא חזר בו נמי לא קנה משום דלא נגמ' הקנין ואין קנין לאחר מיתה עיין שם וכן נר' דאי משום דטעני' להו שמא חזר בו אם כן כל מתנת שכיב מרע נטעון ליורשים כן שמא חזר בו וכבר הקשו כן התוספו' בבתרא דף קכ"ד בד"ה ניחוש וכו' וז"ל קשה לר"י דאם כן כל מתנת שכיב מרע בכולה או מלוה מחמת נותה ניחוש דילמ' הדר ביה וכי תימא הכא נמי וצריך עדים שלא חזר בו עד שמת דהא בסוף פרק קמא דב"מ (אמר המגיה עכ"מ) :

ו' והוא שתהא אשתו מעוברת וכו' הג"י בשם הריטב"א כ' מסתב' דוקא לאחר מ' יום אבל תוך מ' יום מיא בעלמ' עיין שם וכן כתב הרמ"ה בפרק מ"ש סימן ל"ב דאם לא הוכר העוב' לא סמכא דעתיה דאיכ' עוב' וכו' עיין שם ונראה דהרמ"ה אזיל לטעמיה שכתב הטור בשמו בא"ה סוף סימן מ' דהאומר אם תלד אשתך נקבה תהא מקודשת לי אפילו הוכר העוב' אינה מקודש' ואם כן א"ל דמזכה לעובר שלו דוקא אם הוכר העובר קנה דאלו עוב' אחר לא קנה אפילו הוכר דלא מיקרי בא לעולם כמו שכתב הר"ן שם אבל לדעת הרמב"ם שם דהוכר העובר מיקרי בא לעולם ומזכה לעובר כשהוכר קנה אם כן משמע דבנו קנה אפילו לא הוכר העוב' וכן הרמב"ן והרשב"א והריטב"א כתי' בפ' האומר דהו שב' זו מדפסקי' בפ' מ"ש המזכה לעובר לא קנה ולא מפלגי' בין הוכר העוב' בין לא הוכר העוב' עיין שם והכ' נמי בבנו דקנה אפילו לא הוכר העובר מדלא פליגי בהכי וכבר הביא הר' מראית העין דף כ"ג תשובה להראב"ד שהרוב הסכימו כן עיין שם וכן נר' דעת הפוס' שסתמו כמו שכתב מרן בב"י :

ז' הגה ובן בנו כאחר דמי בירושלמי פ' נערה הלכה ה' אר"ל נמנו באושא הכותב נכסיו לבניו הוא ואשתו ניזונים מהם בניו קטנים מה הן רבי אבהו בשם ריב"ל הוא ואשתו בניו קטנים ניזונים מהם וכו' בני בני' מה הן רמ"א בני בנים שכן הוא בנים של הלז וכולי אמר ליה ר' ברבי בון בני בנים קפצה עליהם ירושת תורה וכו' כמו בירושה בני בנים הרי הם כבנים כן כאן לענין מזונות א"ל ריב"ב בני בנים קפצה עליהם ירושת תורה כלומ' שאני בירושה שקפצה עליהם ירושה מן התו' שהם באים תחת אביהם אבל גבי מזונות דלא מן הדין הם אלא מתקנת חכמים לא תקנו אלא בבניו עד כאן לשונו ונראה מסקנת הירושלמי כריב"ב דדוקא בירושה דאורייתא בני בנים כבנים אבל מזונות הבנים דתקנת חכמים לא תקנו אלא בבנים ולא בבני בנים וכן בירוש' פ"ק דקידושין תניא אם לבנו ייעדנה לבנו הוא מיעדה ואין מייעדה לבן בנו רשב"א בעי קומי ר"ז בפ' נחלות את עבד בן בנו כבן והכא לא עבד בן בנו כבן וכולי הקשה ר"ת הרי פ' נחלות עשית את כבן ושאר קרובי' כבן אתה עושה בן הבן כבן וכאן לא עשית את כבן ושאר קרובים כבן אין אתה עושה בן הבן כבן וכו' וכ' המפרשים דבנחלות עשית את כבן שאם אין לו בן האח יורשו או שאר קרובים מ"ה אתה עושה בן הבן כבן אבל כאן ביעוד דאין אתה עושה את כבן מ"ה אין בן הבן כבן עיין שם ואם כן אין דעתו קרובה אצל בתו ואחיו הכא נמי אין בן הבן כבן דאין דעתו קרובה אלא לבנו ואם כן יש לו' דהרי כ' מהר"ם מטראני ח"א סי' קכ"ב והכא נמי דעתו קרובה אצל בנו כדתנן אם ילדה אשתי זכר יטול מנה ואם נקבה תטול מאתים וכו' וא"כ דעתו של אדם קרובה אצל בתו אפילו במקום אחיו דהא פשיט' דאם זכה לעובר שהוא במעי אמו שהוא לא קנה דדוקא קרוב אצל בנו או בתו אמרו ולא אצל אחיו עיין שם וכן כתב הרמ"ה בפר' מ"ש סימן ל"ב והוא הדין אצל בתו דהא אמרינן דבעובר דידיה קנה ואף על גב דכי מקני ליה לא יודע אי ברא הוא אי ברתא היא ועוד דמתני' דדייקינן מינה הואיל דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ל"ש גבי זכר ול"ש גבי נקבה קתני הרי אף על גב דאם אין לו בן ובת ירשו אחיו ולא אמרי' קרובה אצל אחיו והכא נמי אין בן הבן כבן אלא לענין נחלה דאפי' שאר קרובים יורשים אבל לענין זה לומר שדעתו קרובה א"ל כמו דאין דעתו קרובה אצל אחיו הכא נמי לבן בנו א"ד כיון דאמרי' דעתו קרובה אצל בתו כ"ש לבן בנו ובזוה' ויחי דף רל"ג בפסוק ויברכם וכו' תא חזי ברכת' דבריך לון לבני יוסף אמאי אקדים להו ברכאן עד לא יברך לבנוי אלא מכאן דחביבותא דבני בנוי חביב עליה דבר נש מבנוי ובגין כך אקדים חביבות דבני בנוי קודם לבנוי לברכה לון בקדמיתא ויברכם וכו' עיין שם הרי דבני בנים חביבים לאדם יותר מבניו ואם כן דקרובה דעתו אצל בנו וגמר ומקנה ליה כל שכן לבן בנו דחביב יותר מבנו והרדב"ז בלשון הרמב"ם סימן ק"ד כתב אם חייב אדם ללמד את בן בנו תורה בשכר וכו' ומכל מקום מסתב' לי שאין חייב אדם לשכור מלמד לבן בנו כדמשמע לשון הרמב"ם וטעמא דעיקר הדין בבנו מן התקנה ולא מן הדין ואין לנו אלא בבניו נתקנה בלבד וכו' עיין שם וזה כתי' הירושלמי ריש פרק נערה סייעתיה דלענין מזונות הבנים כיון דתקנת חכמים היא לא תקנו אלא בבני' ולא בבני בנים ודוקא בירושה דאורייתא בני בנים כבני' ומכל מקים לגבי דדעתו של אדם קרובה אצל בנו וגמר ומקני לו נראה הוא הדין בן בנו דחביב לו יותר מבנו וראיתי לה' פני משה ח"א סוף סימן י"ד שכ' בכ"ד דמתנת יעקב

לחטך

לחנוך בן בנו אם הוא יורשו לא שייך ת"ה כמו שכתב מהרש"ך ח"א סימן ל"ד והכריח מדברי רש"י דבכל מתנ' שאדם נותן ליורשיו לא שייך ת"ה עיין שם ואפילו למ"ד שיש ללמוד מדברי רש"י דבכל מתנה שאדם נותן ליוצאי ירכו אף שאינם יורשיו לא שייך שם ת"ה וכיון שכן אף אם נאמר דחנוך זה אינו אלא יורש יעקב שאביו ראובן הוי מכל מקום במתנה שנתן לנכדו אפשר דלא שייך ת"ה עיין שם וא"כ דדברי רש"י בפרק נערה גבי דלר"ל באושא התקינו הכותב נכסיו הוא ואשתו ניזונת מהם וכו' וכתב רש"י אף על גב דמתנה כמכר לענין שיעבוד התם דאי לא דעבד ליה נייחא לנפשיה לא הוה יהיב ליה מתנה אבל בנו ל"ל הכי עיין שם ולדברי הרב הכותב נכסיו לבן בנו אפילו אינו יורשו נותן לו בעין יפה ודברי הזוה' סייעתיה דבני בנים חביבים לאדם יותר מבניו ואפי' עדין אביהם חי כמו ביעקב שהקדים ברכה לנכדיו קודם ליוסף אף על פי שהיה חי אבל לא זכר תשו' הרא"ש דבן הבן כאחר דמי :

סימן רי"א

א' דין א' אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וכו' כתב מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סימן ל"ה באחר שנפלה לו ירושה במ"ה ועד שלא הגיעה לידו נתנה במתנה נתנתו מתנה דמשעה שמת מורישו זכה בנכסים והוי כאלו הגיע לידו ואף על פי שהדבר בעצמו מוכרח יש להביא ראיה מדאמרינן בפרק עשרה יוחסין לרבנן יכיר למה לי וכולי כשנפלו לו כשהוא גוסס וכולי עי"ש ברש"י הרי דלא ממעטי' לרבנן דל"מ יהיב מתנה אלא בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן דהיינו שעדיין לא מת מורישו הא אם מת מורישו אף על פי שעדיין לא באו הנכסים לידו יכול ליתן במתנה עיין שם ותמהני שלא זכר מ"ש הטור סימן רע"ח וז"ל כת' רשב"ם בחלק פשיטות אין לו בו קודם חלוקה למוכרו או ליתנו במתנה ול"נ שמיד אחר מות אביהם זכה בו למוכרו או ליתנו במתנה וכן כת' התוספות והראב"ד והר"ן ומהר"ם בתשו' המיי' כמבוא' בב"י וכן הוכיח הרמ"ה בפ' י"נ סי' ל"ז ובתשו' סי' רל"ז דיורש וכן שותף יכול למכור חלקו קודם חלוקה עיין שם וכן כתב הרשב"א בתשוב' חלק שני סימן פ"ב ובתשו' ח"ג סימן קל"ה וביאר שם הטעם דלא שייך דין ברירה במכר ובמתנה עיין שם וכן כתב רב האי בס' המקח סוף שער ד' וז"ל ולעולם לא יהא השותף מעוכב מלמכור חלקו ואפי' שלא חלק עדיין עם שותפו בין שיהא שותף בין שיהא ירושה שירשו כגון אחים ועדיין לא חלקו בין במתנה שנתן להם או בכל איזה דרך שאתה מוצא שיש לב' חלק באותו קרקע ועדיין לא נחלק לא יתעכב א' מהם מלמכור חלקו קודם חלוקה דילפינן לה מבכור וכולי והילכתא יש לו לבכור קודם חלוקה עכ"ל משמע דס"ל דלמ"ד אין לו לבכור קודם חלוקה ה"ה יורש פשוט ושותף אינו יכו' למכור אלא דאנן קי"ל כמ"ד יש לו לבכור קודם חלוקה וה"ה פשוט ושותף וה' בית דוד סי' קי"ז האריך בזה והעלה דשותף יכול למכור חלקו וה"ד במוכ' סתם אבל במסיים ואומר חלק זה אני מוכר לך אם יפול בחלקי לא מהני עיין שם וכן מצאתי להרשב"ש בתשוב' סימן תר"ת שכ' במתנת קרקע שהיה משותף בינו ובין אחר ולא חלקו דאם מיצר לו למזרח ונפל חלקו למערב או להפך נמצא שנתן של חבירו והדברים עתיקים אם אמרי' ברירה או לא עיין שם וכבר כ' הרשב"א בתשו' חלק שני סימן פ"ב דלא שייך דין ברירה במכר ובמתנה עיין שם הטעם ועיין בתשוב' עבודת הגרשני סימן כ"ח וכס' פני משה חלק שני סימן ל"א :

ב' כתב מהריט"ץ סי' ק"ן דשותף שמכר חלקו קוד' חלוק' לא עשה כלום עיין שם וכבר כתב הרב פני משה בתשו' ח"ב סימן ל"א דסברא זו דחוייה מכל הגדולים ולא הוזכרה וכו' עיין שם :

ג' בשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כך אין אדם מרשה לדבר שאינו ברשותו הרדב"ז הביאו ה' כנסת הגדולה ע"ש ונ"ל ראיה דיכול להרשות על דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו כמ"ש התוספות בבתרא דע"ז עמוד שני בד"ה ר"פ וכו' בשם ר"ת דיכו' להרשות על מלוה אף על גב דאינו יכול להקנותה והא דאינו יכול להקנותה לא משום דאין מטבע נקנה בחליפין אלא משו' דאינו ברשותו עיין שם הרי דיכול להרשות על המלוה דגרע מדבר שלא בא לעולם דאפי' לר"מ דס"ל דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם מודה במלוה דאינו יכול להקנותה כמו שהוכיח בס"ז עיין שם ואם כן כ"ש דבר שלא בא לעולם וכן כתב בעל העיטור במאמר קנין דף ה' ע"ג עיין שם וכן כתבו התוספות בר"פ אע"פ בד"ה שאם וכו' עיין שם וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סי' שכ"ד עיין שם וכבר הוכיח כן מהרא"ש ח"ב סימן ל"א דגם הרמב"ן והרשב"א דוקא בקנין גמור אין המלוה נקנית באגב אבל יכול להרשות עיין שם באורך :

ומצאתי לר' ישעיה הא' בס' המכריע סימן פ"א שכתב וז"ל ובפרק יש בכור לנחלה וכולי אמר שמואל בבא בהרשאה וכולי ומ"ד תימא לי דמתני' סתמ' קאמר אפי' ליתנהו השתא ביד כהן מהניא הרשאה והיכי מהניא הרשאה במידי דאינו בעין והלא לא היה יכול למכור לו מה שאינו בעין וכן נמי בההיא דרב פפא דהוה נסיק זוזי וכו' בהלואה קא מיירי מדנקט לשון מסיק ואפי' הכי מהני התם הרשאה וק' מההיא ר"פ מי שמת דמסיק מילתא דליתא בבריא ליתיה בשכ"מ ופריך והרי הלואתי לפ' דליתא בבריא ואיתיה בשכ"מ ומשני איתיה נמי בבריא במעמד ג' וא"א בלא מעמד ג' איתא כגון ע"י הרשאה כדהכא ותי' דאה"נ בכל דבר יכול להקנות ע"י הרשאה אפי' אינו בעין והתם לא הומ"ל הכי דנהי יכול להקנו' לו כך מ"מ אם רוצה לחזור בו רשאי וכיון דיכול לחזור בו לא הוי דומיא דשכ"מ דהתם לא מצי למהדר ביה כל זמן שלא עמד דכמסורים בידו דמו והילכך איבעי ליה למי' התם מעמד ג' דהתם נמי אינו יכול לחזור בו הנה זה סובר שאין אדם יכול להקנות הלואתו לחבירו קנין גמור מפני שאינו בעין אבל בהרשאה שיבאתנה אללו יכול ואם רוצה לחזור בו יכול לחזור דהא שליח שויה וכו' עכ"ל ומ"ש דלא הוי דומיא דשכ"מ דאינו יכול לחזו' כל שלא עמד דבריו תמוהי' דהא אמר שמואל כל שעמד חוזר חוזר הוא במתנתו מיהו הכ"י שם כ' בשם הריטב"א וז"ל ואינו כלל גמור כל מקום שהרי אם נתן כל נכסיו בקנין מעכשיו והוא שכ"מ או נלוה מחמת מיתה אם עמד חוזר דוק' אבל אינו חוזר בע"א וה"ה למכר והקדיש כל נכסיו כדלעיל אלא כלל זה בנתן סתם באמירה ואפילו בקנין סתם ובהדיוט עכ"ל מבואר דס"ל דמכר והקדיש כל נכסיו או נתן כל נכסיו בקנין מעכשיו דוקא אם עמד חוזר ואינו יכול לחזור בע"א ואפשר שזה דעת המ"ך דשכ"מ שאמר הלואתי לפ' משמע אפי' מכר והקדיש או נתן כל נכסיו בקנין ומעכשיו דאינו יכול לחזור אלא דוקא אם עמד אבל מהר"י ן' מיגש בפ' י"נ גבי קנין עד אימתי

חוזר

חוזר וכו' כ' וז"ל מכאן פריך ליחוש דילמא הדר ותרצה וקמו והדר יתיבו א"כ סלקי מעניינא לעניינ' מכלל דבמתני' שכיב מרע במקצת דהיא כמתנת בריא עסיקינן אבל צואת שכ"מ בכל נכסיו א"כ מצוה מחמת מיתה אפילו במקצת אף על גב דקמו והדר יתיבו יכול לחזור דכל שאלו עמד חוזר חוזר במתנתו עכ"ל נרא' דס"ל דאפילו נתן כל נכסיו בקנין מעכשיו כל שעמד חוזר חוזר הוא כשהוא שכיב מרע וכבר ראיתי להרשב"א בתשוב' ח"ג סימן קנ"א שדחה סברא זו עיין שם באורך והראב"ד בספר תמים דעים סימן ס"ג גבי דר' אבא דהו"ל זוזי וכולי כתב וז"ל משמע דהלואה הוא וא"ת הלואה היאך נקנית אגב ארעא א"ל שהגיע זמן הפירעון ומזומני' היו המעו' אלא שהיה מתיירא מאונס הדרך וכה"ג ודאי כפקדון דמו להקנותם אגב קרקע שהרי לקדש את האשה נמי יצאו מתורת מלוה כדאמרי' בקידושין בהנאת מלוה מקודש' ומפ' לה דארווח לה זמנא ומפ' לה הרב ר' יצחק כגון שהגיע זמן והמעו' מזומני' בידה לפרוע והיא רוצה לפורעם והכא נמי לענין אקנויי מקנו נמי אגב ארעא עכ"ל ונר' דהראב"ד סבירא ליה דמעשה דר' אבא לאו הרשאה הוא אלא הקנאה גמורה הוא אבל אפשר דמודה דיכול להרשות וכן כתב הרמ"ה בפרק המוכר את הספינה סימן ל"א וז"ל דהאי דר' אבא לאו הרשאה הוא אלא הקנא' גמור' הויא אבל הרשאה לא בעי' אגב דשליחות בעלמא היא ע"ש ואף על גב דהוא מפרש לה בפקדון ועיין בתשוב' מהר"ש אלשיך סי' פ"ז שהאריך להוכיח דאין הלואה נקנית באגב וכ' דמעשה דר"פ כבר תי' ר"ת דתקנה היא לענין הרשאה עוד אפשר דהוי פקדון והיינו דמייתי ליה עלה דהא דקאמר דמטבע נקנה בחליפין כההיא דר"פ וכולי וקנין מטבע אינו אלא בפקדון עיין שם וכבר כ' הרמ"ה שם דמיירי בפקדון וה' קול אליהו בא"ה סי' ד' נסתפק באשה שבאה לפרוע חובה והמעות בידה וא"ל התקדשי לי במעות אלו שבידך מי הוי כמלוה או כפקדון והביא מ"ש השטה בס' א"ז למציעא דמ"ו גבי יש דמים שהם כחליפין דמעות אלו הוו כפקדון עיי"ש באורך ולא ראה דברי הראב"ד שכתבתי ור' ישעיה הא' בס' המכריע סי' ע"ד דחה דברי הרי"ף בפ' ד' וה' גבי יד עניי אגן וכו' וז"ל וגם ר' יצחק אמר הכי כהלכתא קמייתא דב"מ ומטלטלי' נמי וכו' אבל היכא דאית ליה פקדון גבי חבריה וכי תבע ליה מניה יהיב ליה ניהליה כמקרקע דמי דקי"ל דפקדון ברשותא דמאריה הוא הכא נמי אף על גב דלא אתא ברשותיה מצי מקדיש ליה דאינו צריך להוציאו בדייני' דהא פסקו ליה לדיניה ולא תימא דוקא בפקדון אמרינן הכי משום דכל היכא דקאי ברשותיה דמאריה קאי אלא מלוה דלהוצאה עבד' לא דהא לא אמר רבי יוחנן אלא גזל דלא בעי למיתב ליה דצריך לתובעו בדין אבל מלוה דלא כפר ביה דאינו צריך לתובעו בדין יכול להקדיש וטעמא וכולי עיין שם :

ד' נראה דאף במתנה אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו דומיא דדבר שלא בא לעולם ה' משפט צדק חלק שני סימן יו"ד הביאו ה' כנסת הגדולה אות ד' עיין שם ולא זכרו מ"ש הרמב"ם ומרן ר"ם זה מה שתעלה מצודתי מהיום נתון לך וכו' וכן מתבאר בדברי הטור סס"י רע"ח וז"ל כ' רשב"ם דבחלק פשיטות אין לו בו קודם חלוקה למוכרו או ליתנו במתנה וצ"ל שמיד אחר מות אביהם זכה בו למוכרו או ליתנו עיין שם וכן בפ' י"נ למ"ד אין לבכור קודם חלוקה אין מחילתו מחילה אפי' דבר שישנו בעולם ואינו ברשותו אינו יכול להקדישו או למוחלו וזה פשוט דלא עדיף מתנה מהקדש דאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו :

ה' שדה זו לכשאקחנה ממך וכו' שאלה ראובן היה חייב לשמעון ת"ק גרוש' ומשכן בידו החצר שלו וא"ל אם לא אפרע לך לזמן פ' תהיה מכורה לך מעכשיו בק"ג באותם מעות ועמד שמעון המלוה והקדיש הריוח שבחצר לת"ת ואחר שעבר הזמן פייס ראובן לשמעון ופרע לו מעותיו והחזיר לו החצר ומכר ראובן החצר בתק"ן גרוש' אם זכה ההקדש או לא ושכמ"ה :

תשובה נראה פשוט אע"ג דהקדש קודם הגעת הזמן כיון דא"ל מעכשיו וכשהגיע הזמן קנה למפרע הקדשו הקדש ואע"ג שפייסו אח"ך אינו כלום כמ"ש הרא"ש בתשובות ור' ירוחם בשם הרד"ך הביאו מרן הב"י י"ד סימן רכ"ח וז"ל המכה את חבירו או חרפו בענין שחייב לפי תקנת העיר ק' זהובים ואמר שיהיו לת"ת או לצדקה או להקדש ואח"ך מחל שפייסו נר' דיד עניים אגן וזכו עניים ואינו יכול למחול ע"ש ומהר"א ן' טואה בתשובות סימן ד' פסק בא' שקבל קרקע במתנה ע"מ שיפרע לפ' סך מעות לזמן פ' וקודם שפרע אותם מעות מכר אותי קרקע לשמעון בק"ג כיון דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ובסוף קיים תנאו קנה למפרע ומכירתו מכירה עיין שם ול"ל דה"ד משום דבידו הוא לקיים תנאו אבל הכא דביד חבירו לפרוע לו אם כן זה הקדיש דבר שאינו שלו דהא מסקי' בפ' כ"ש דגם לרבא דאמר ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה אם א"ל מעכשיו קנה למפרע וכתב הרז"ה שם דאפי' בקרקע קנה ושפיר הקדיש ושפיר זבין והראב"ד בספר תמים דעים דע"ד ע"ב והרמב"ן במלחמות שם חלקו על הרז"ה דאפי' במעכשיו ואפי' לא לא יהא לך פירעון אלא מזה לא קנה לרבא למפרע והיינו משום דצריך שומא והכרזה או שטר מהלוה עצמו מדעתו אבל אם א"ל מעכשיו תהיה קנויה לך באותם מעות לכ"ע קנה למפרע וז"ל הרמב"ן שם אלא הא דאוקי' למתני' דא"ל מעכשיו היינו דא"ל אב לא הבאתי לך מכאן ועד יום פ' הרי הוא שלך מעכשיו בסלע שהלויתני עליו וכולי והרי זה כמוכר בעל מנת וזה הדין אף בקרקעות ומשנה שלימה היא בפ' אז"נ עיין שם וראיתי בש"מ בפ' אע"פ שכתב בשם הרמב"ן דהאומר לחבירו שדה זו שמכרתי לך מעכשיו אם לא באתי לכשאקחנה ממך תקדוש לא קדשה אע"פ שבידו לבטל המקח דאם אמר שדה זו שמכרתי לך מעכשיו אם לא באתי לכשאבא תקדוש קדשה אבל השתא דתלה במה שאינו בידו אע"פ שיש בידו מצד אחר לא קדשה אבל הרשב"א נסתפק בזה דדילמא כיון דבידו לבטל המקח בשום צד ויכול הוא להקדישו אם ירצה ביתו שלו קרי' ביה והו"ל כאומר לחבירו שדה זו שאני מוכר לכשאקחנה ממך תקדוש דקדשה או"ד דהתם עדיין לא נמכר כלל ושלו היתה עדיין לגמרי ובידו להקדישו מעכשיו אבל זה שמכרו כבר ואם רוצה לבטל מעכשיו צריך עדיין לקיי' תנאו כל שלא קיים תנאו אינו שלו אלא מכור עיין שם ונראה דהרשב"א מסתפק בדין באומר שדה זו שמכרתי מעכשיו אם לא באתי לכשאבא תקדוש אי לכשאקחנה תקדוש או"ד כיון דצריך עדיין לקיים תנאו כל שלא קיים אינו שלו ואפילו אמר לכשאבא תקדוש לא קדשה וה"נ בא"ל מעכשיו תהיה קדושה אם לא פרעתי לך לזמן פ' ואמר ליה שדה זו לכשאפרע לך תקדוש לדעת הרמב"ן קדשה ולדעת הרשב"א אפשר לא קדשה אבל אם הקדיש מלוה לכ"ע קדשה (א"ה עכ"מ והשאר קרוע והלשון בעצמו יש בו קצת גמגום

גמגום מפני שיש בו קרעים) :

ו' הג"ה וי"א דוקא בשדה וכו' אשה שמכרה לב"ח קרקעות של בעלה ומת בעלה גובה כתובתה מאותם קרקעות דמכירה בטילה דאפילו לר"ת דשדה זו אני יורש מכור לך קנה ה"ד בירושה דממילא כשמת אביו נקנה הדבר ברשות היורש אבל אשה שאינו זוכה בקרקעות שלה עד שתשבע לכ"ע מכירת' בטילה מהרש"ג בס' משפטים ישרים סי' מ"ג ע"ש והרדב"ז ח"ב סימן תק"א באלמנה שאינה רוצה שירשו כתובת' כ' וז"ל דנכסי נ"ב שהם בעין כיון דנוטלת בלא שבוע' יכולה להקדיש מהיום ולאחר מיתה אבל מנה ומאתים ותוספת או נכסי נ"ב שאבדו שאינה יכולה ליגבות אותם אלא בשבועה כמו שאינה יכולה להקנות אותם לאחרים ולא להורישם דקי"ל אין אדם מוריש שבועה לבניו ה"נ אין יכולה להקדיש כיון שאין לה בהם כלום אלא ע"י השבועה הוי כאלו אינם שלה ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו עיין שם :

ז' דין ב' משום כדי חייו וכולי הר"ן כ' שי"א דכיון דמשום כדי חייו תקון רבנן מוכר אפילו כמה וראייה מפעוטות וכולי והוא דחה ראייה זו והעלה דדוקא כדי חייו תקנו לו וכן דעת הרמב"ן ע"ש אבל הרמב"ן הובא בש"מ למציעא כתב וז"ל ועוד ראיתי בשער ג' בענין הפעוטות כתב הגאון שלא למכור אלא לכדי חייו וכו' ולפי דבריו אף במה שתעלה מולודתי היום שאמרו משום כדי חייו נאמר שלא למכור אלא לכדי חייו אבל אם היה לו מה יאכל לא ימכור וכן כתב ר"ח וכן מי שאין לו מה יאכל וכו' וק"ל דהא אפי' במתנה אמרינן בפעוטות שמתנתו מתנה א' מתנת בריא א' מתנת שכ"מ א' מתנה מועטת וא' מתנה מרובה ובמתנה מרובה ליכא משום כדי חייו ולא במתנת שכ"מ אלא משום דכיון וכו' לא פלוג וכו' ובס' משפטי השני ראיתי שחולק על הגאון עכ"ל הרי דס"ל כיון דבפעוטות מתנתו מתנה בכל ענין כ"ש הכא דיכול למכור דלא פלוג רבנן וכ"כ הריטב"א שם דכן דייק לישנא וכן דעת רבינו ע"ש :

ח' דין ה' הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו וכו' על א' שנתן קרקע לבנו מהיום ולאחר מיתתו ומיתת אשתו ראיתי למהריב"ל ח"א סי' ס"ב שחקר אם זכו היורשים בפירות הקרקע עד שתמות האשה א"ד תזכה האשה עד ליום מותה ומסתברא ודאי שהפירו' הם של האשה דאל"כ למה תלה המתנה במיתתה עיין שם ונראה דה"ד במתנת שכ"מ כנ"ד שהסכים ה' שם דהוי מלוה מחמת מיתה דהלך אחר התחתון משום דקי"ל דמוציאין למזונות ממתנת שכ"מ ואם כן למה תלה המתנ' במיתתה אם לא תזכה היא בפירות אבל במתנה דמהיום ולאחר מיתה דאין מוציאין ממנה למזונות כמ"ש מרן הב"י סימן רכ"ב דכמה חכמים חלקו על מהר"י ן' הרא"ש ואמרו שדינה כמתנת בריא ואין האשה ניזונת מנכסיו ע"ש א"ל דתלה המתנה במיתת האשה לענין המזונות שתזון ממנה וגם במתנת שכ"מ יש לפקפק דהא קי"ל אם נתן דקל לא' ופירותיו לא' לא שייר מקום פירות ולא קנה השני כלום אם כן לא זכתה האשה בפירות ואפשר דכמו דלענין עצמו בעין יפה משייר מקום פירות ה"ה לאשתו שהיא כגופו וכן כתב ה' חלקת מחוקק בא"ה סימן נ' ס"ק י"ד דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ואצל אשתו וכו' עיין שם ומרן הב"י חא"ה סימן קי"ד כ' גבי דברי' הנקני' דלחבירו אפילו בקני' לא מהני אבל בבת אשתו אם קבל עליו לזונה בקנין אפילו שלא בשעת קידושין ונשואין מהני וכתב ה' פני משה ח"א סימן ס"ה הטעם דמשום חבת אשתו ודאי גמר ומקנה ואפשר דה"ה הנותן מזונות לאשתו אף לאחר מיתתו גמר ומקנה מה"ט ע"ש הרי דאפי' לאחר מיתתו אמרי' דדעתו של אדם קרובה אצל אשתו וגמר ומקנה לה ואם כן נראה דמשייר לאשתו ולבנו בעין יפה כמו לעצמו ומרן הב"י סי' ר"ט כ' וז"ל כתב הר"ן בפ' מ"ש שדעת הראב"ד לומר דכיון דטעמא הוי משום דלגבי עצמו בעין יפה משייר דוקא במכירה או במתנת בריא הוא דאמרי' דמשייר לנפשיה אבל במתנת שכ"מ דאינה אלא לאחר מיתה לא דהא לנפשיה לא משייר ולא מידי אבל הרשב"א כ' שאף במתנת שכ"מ בכלל וכל מאן דמשייר אף לבניו וליורשיו בעין יפה משייר עכ"ל ואם כן דעת הראב"ד דוקא לעצמו משייר בעין יפה ולא לבניו אבל דעת הרשב"א דה"ה משייר ליורשיו בעין יפה אפשר דה"ה באשתו שהיא כגופו כדקי"ל בסי' רמ"ז דאם יש לו אשה ושלח בגדי' ודאי לאשתו שלחם ולא לבנותיו מה"ט דאשתו כגופו ועיין בהב"ח שם דס"ל דאפי' ראוי לבנים הוו לאשתו לא משום דאין דעתו למקנה אלא דכל מה שיש לאדם שולח ליד אשתו וכבר הרב משנה למלך פ"ו מה' זכייה כתב דה"ד בדברים הראוי לנקבות משום דאשתו כגופו וכן כתב הפרישה שם גם הריב"ש סימן קכ"ט כ' דדין זה כשפי' לשם מתנה הא לא"ה לבנותיו שלא שיעמדו בעדו הביאו ה' כנה"ג שם אם כן אפילו פי' לשם מתנה כשיש לו אשה יתנו לה דאשתו כגופו ודעתו קרובה לה יותר מבנותיו וה' מש"ל נסתפק בראוי לזכרים ולנקבות אם יתנו לאשתו עיין שם וכה"ג כת' בעל התרומות שער כ"ט ח"ב גבי שכ"מ שאמר תנו מאתים זוז לפ' ב"ח דאם א"ל בחובו ולא אמר בראוי לו אין לו אלא חובו אע"ג דא"ל בבכורתו או בכתובת' ידן על העליונה ואם הם יותר נוטלים וכו' א"כ טעמא דמילתא גבי בנו בכור ואשתו דמקרבא דעתיה לגבייהו להיותם ידם על העליונה נתכוון אבל ב"ח דלא מקרבא דעתיה לגביה אין לו אלא חובו עיין שם הרי דדעתו קרובה אצל בנו ואשתו ובבתרא דף קל"א כ' בפי' רשב"ם בהג"ה וז"ל כ"ל בנו ואשתו אשתו משום אפטרופוס בנו משום מתנה דאדם רוצה שיכבדו בניו את אשתו אפילו אינה אמם וכולי אבל אשתו אינה רוצה שתתבזה לכבד את בניו עיין שם ולכאורה נראה דקרוב אצל אשתו יותר מבניו מיהו י"ל דדוקא לגבי כבוד דחייבי' הם בכבוד אשתו ואינו רוצה שתתבזה אשתו לכבד את בניו שחייבי' הם בכבודה אבל לגבי הנאה קרוב הוא ול"ל דאדם קרוב אצל בניו יותר מאשתו ודוקא לגבי אחר משייר לאשתו בעין יפה משייר אבל נתן דקל לבנו ופירותיו לאשתו לגבי בנו לא משייר לאשתו בעין יפה שהרי כתב המבי"ט ח"ב סי' קל"ז דקרוב אדם אצל בתו כמו לבנו ומשייר לה בעין יפה כמ"ש הרשב"א וכ"ת דוקא לגבי אחרים אדם קרוב אצל בתו אבל בת לגבי בן אדרבא קרוב אדם אצל בנו מאצל בתו לא היא דלא אמרינן קרוב אלא למאן דיהיב ליה הוא קרוב דכוונתו שיגמר הקנין למי שהוא קרוב אצלו אע"פ שהוא נגד אחר שקרוב לו עיין שם וה"נ אע"ג דקרוב אדם אצל בנו יותר מאשתו משייר לה בעין יפה אבל לדעת הראב"ד דדוקא לעצמו משייר בעין יפה ולא לבנו ה"נ לא משייר לאשתו בעין יפה אפי' לגבי אחר ואפשר דהרשב"א מודה באשתו ולא אמר אלא בבנו שהרי כתבו התוספות בד"ה אימור דררי אתפסה וכולי וז"ל ועוד תימא לר' כיון דלא גבו בנות ממשעבדי משו' דכיון דאיתנהו בתנאי ב"ד אימור אתפסינהו דררי כתובה נמי מה"ט לא תגבה ממשעבדי ותי' ר'

דטפי

דעפי מתפיים לרוי לבתו כדאמרי' בפ' נערה לענין הרווחה דבתו עדיפא ליה וכו' וכן כתב הר"ן שם בשם הרשב"א שדעתו קרובה לבתו טפי מאשתו עיין שם ואם כן אימא דה"נ דוקא לבנו ולבתו משייר בעין יפה אבל לאשתו לא משייר בעין יפה וכה"ג כתב מהר"ם בתשובות הקלרות סימן ע"ז באשה לגבי בעלה דחיישינן לקנוניא דילמא מרחמא ליה להוות פ' אבל לגבי בנה לא שייך קנוניא עיין שם אבל ראיתי להתוס' בפ' השולח דמ"ה בד"ה דלא ליגרבו ולייתו וכולי והא דתניא בפ' נערה נשבית והיו מבקשין ממנה עד עשרה בדמיה פעם א' פודה שאני אשתו כגופו יותר מבתו דהכא ועל עצמו לא תקנו שלא יתן כל אשר לו בעד נפשו וכולי עיין שם הרי מפורש דאשתו הויא כגופו יותר מבתו ועיין להרשב"א בחי' שם שתי' באופן אחר עיין שם ושוב ראיתי למהר"ם בתשו' סימן קל"ו שכ' בשכ"מ שאמר לתת לאשתו הרבית דלא הוי דבר שלא בא לעולם דהרי הוא כמו שמשייר לה מקום בקרן לרבית כדאמרי' בפ' המוכר את הבית גבי ן' לוי דמשייר מקום מעשר מאחר שמתחלה היה השדה שלו וה"נ מתחלה היה משועבד ליה ומזה פסק המח"א בה' זכייה ומתנה סימן ל' בשכ"מ שלוה שתדור אלמנתו בבית פ' דמהני כיון שכל הנכסי' משועבדי' לה ע"ש ועיין בתשובות מהרי"ל סימן ע"ד בנתן א' לאשתו רבית עיין שם ואם כן הנותן דקל לא' ופירותיו לאשתו שייר לה מקום פירות וזכתה בהם ולא משום דדעתו של אדם קרובה אצל אשתו אלא משום דהיה משועבד לה וכ"מ לנכסים שלא נשתעבדו לאשתו כגון שנתנו לבעל מתנה ע"מ שלא תשתעבד לב"ח ולכתובת אשתו דהתנאי קיים ולא תשתעבד להם כמבואר בסי' קי"א ע"ש ואח"ך נתן הבעל הגוף לבניו ופירותיו לאשתו כיון שאלו הנכסי' לא נשתעבדו לאשתו לא זכתה בפירות דלא משייר לה בעין יפה ככ"ל :

ט' אחד שנתן לבנו הקטן קרקע מהיום ולאחר מית' בבתרא דף קל"ז גבי רב ביבי דאקני דיקל' לבנו קטן כת' רשב"ם וז"ל והאי דאקני לבנו קטן וכולי אי נמי לפי שסמוך על שלחנו ויאכל רב ביבי הפירו' תחת מזונות בנו וכו' עיין שם לכאורה נראה דסביר"ל דהאב שנתן לבנו קטן מתנה קנה הבן אלא שהאב אוכל הפירו' תחת מזונות והנ"י בפ"ק דמציעא כת' היכא מאן דאמר דכי היכי דמציאת הקטן לאביו הכא נמי מתנת הקטן לאביו דידו כיד אביו עיין שם והא דאמרינן עלה התם אפילו לרשב"ג לא קאמר אלא לאחר אבל לעצמו לא וכ' בספ' א"ז בשם הרא"ש וז"ל כלומר כיון דאקני לבנו קטן הסמוך על שלחנו הוי כאלו לא מכרו דלא אמר רשב"ג אלא במכרו לאדם אחר שיצא מרשותו וכו' עיין שם לא ר"ל דלא קנה הבן כלל וחזרה המתנה לאביו דא"כ פשיט' דאחריך קנה אלא ר"ל מה שהקנה לבנו לא יצא מרשותו ומקרי לעצמו (א"ה עכ"מ) :

יו"ד דין ז' מי שהיה לו פקדון וכולי הרב שארית יוסף סימן ג' וסימן כ"ח כתב דהיינו דוקא בפקדון מטלטלין ולא במעות פקדון מדכ' הנ"י בפ' קמא דמציעא מיהו מטלטלין דפקדון יכול להקדים וכולי והאי טעמא דמטלטלין דאסור להשתמש בהם כל היכא דאיתיה ברשותא דמאריה איתיה אבל מעות פקדון שיכו' הנפקד להוציאם לא שייך כל היכא דאיתיה ברשות' דמרי' עיין שם וליתא שהרי כתב הנ"י בפרק הזהב גבי ההוא דיהיב זוזי אשומשמים וכולי דהאי טעמא דאם אמר ליה טול מעותיך פטור משום דפקדון כל היכא דאיתי' ברשות' דמריה איתיה עיין שם אלמא אפילו בפקדון מעות אמרי' הכי וכבר הוכחתי בסימן ל"ט דלמאי דקיימא לן כר"נ בפקדון דאינו חייב באונסין אלא בגניבה ואבידה אף על פי שיכול להוציאם את המעות בעצמם בעין צריך להחזי' לו הם עצמם וברשות בעלים לחזרה ומהאי טעמא בעל המעות קודם לשאר ב"ח וכן לענין דקיימא לן בסי' ע"ג ס"ע דבאדם שחייב לחבירו מעות שייך לשון מחילה אבל כשים לו ביד חבירו חפץ לא שייך לשון מחילה אלא ל' מתנה נר' דאפילו המעות אינם בעין :

י"א אבל המלוה הואיל להואה ניתנה וכולי שטר עיסקא דקיימא לן פלגא מלוה ופלגא פקדון פלגא מלוה אינו יכול להקנותה אלא במעמד ג' מהר"ם גאלנטי סימן י"ב עיין שם וכן כת' מהר"ם בתשו' המיי' השייכי לס' משפטים סימן י"ג דלכל דבר חשיב עיסקא פלגא מלוה לענין המקדש במלוה אינה מקודשת וכן לענין מכר אם מכר לו קרקע במלוה שהוא חייב לו לא קנה דאף על גב דאמר רבא להכי קרו ליה עיסקא לעסוק בה ולא לעשות בה שכרא ולא ליעשות מטלטלין אלל בניו מאי דאפיק בהדיה אפיק ומאי דלא אפיק בהדיה מודה דהוי פלגא מלוה עיין שם אם כן הוא הדין דחשיב מלוה לענין דאינו נקנה אלא במעמד שלשה וכבר כתבתי לעיל דברי הרדב"ז דאינו יכול להקדישו עיין שם ועיין בספר בני יעקב :

י"ב ואם היתה המלוה בשטר וכו' מי שיש בידו עיסק' של אחרים והרויח בה והקדיש הריוח אף על גב דכל שלא הגיע זמן העסק רווחא משתעבד וכ' הר"ן בפ' האומר דקידושין דמהאי טעמא לא חשיב כשלו לגבי קידושין מכל מקום לגבי הקדש כיון דבסוף הזמן אינגלאי מילתא שהם שלו הקדשו הקדש מהרימ"ט בחי' שם:

י"ג ואם היתה מלוה בשטר וכולי כתב מהר"י קולון שורש פ"ט דחוב שלא הגיע זמנו לא חשיב דבר שלא בא לעולם שנאמר שלא תועיל בו מחילה קוד' זמנו אלא חשיב דבר שבא לעולם כיון שכבר נעשה השעבוד ונתחייב הלוה בקנין סוד' דהוי כמעכשיו והביא ראיה מדברי התוספות בכתובות דכ"ג בד"ה וכגון וכו' שהק' נהימניה במגו דאי בעי מחיל ליה דהא מוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול וכולי ואם איתא לוקמה כגון שלא הגי' זמנו דאינו יכול למחול עיין שם וכן מבוא' בדברי המבי"ט ח"ב סימן קע"ד דיכול למכור החוב שלא הגיע זמנו ויכו' גם כן למחלו דלא חשיב דבר שלא בא לעולם עיין שם וכן כתב מהרא"נ"ח חלק שני סי' כ' ס"ג עיין שם וכן כ' הרשב"א בתשו' חלק ראשון סימן אלף קנ"ט בחוב על תנאי שהתנו לאחר שאם היה החוב בלא אסמכתא גם המתנה מתנה ואין כאן משום דבר שלא בא לעול' שהרי אלו זכה מעכשיו אם יתבטל התנאי עיין שם וה' שער המלך בפרק כ"ב מהל' דין ט"ו תמה על מהר"י קולון דאפילו נאמר דאין אדם יכול למחולי חוב שלא הגיע זמנו היינו למאי דקיימא לן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אבל למ"ד אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ודאי יכול למחול חוב שלא הגיע זמנו ואם כן שפיר הקשו התוספות דניהמניה במגו דאי בעי מחיל דהתם אליבא דרב קיימינן ורב ס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ותי' דסבי"ל דאף על גב דכל שלא חזר בו הוי מחילה היינו דוקא כשאינו חב לאחרים אבל בחב לאחרים כיון שבידו לחזור פשיטא דבעל חוב גובה ממנו נכסי' ברשותי' קיימי' כיון כל שבידו לחזור וא"כ א"א דחו' שלא הגיע זמנו חשי' דבר שלא בא לעול' לוקמה כגון שלא הגיע זמנו דאפי' מוחל

מוחל כיון דבידו לחזור ב"ח גובה ממנו עיין שם ומאי דפשיט' ליה דכל שבידו לחזור ב"ח גובה ממנו מספקא ליה דאפשר דאין בעל חו' יכול לכופו לחזור ממחילתו וה' כנה"ג בסימן כ"ה הגב"י אות מ"ד נסתפק במקום שהמוחזק יכול לזכות מטעם קי"ל אם יכול לו' איני רוצ' לזכות מטעם קי"ל לחוב לבעל חו' ואף שהסכים דאינו יכול לו' כן וכופין אותו על מדת סדום וכן נר' מדברי הרב משפט לדק ח"א סימן י"ט עיין שם נראה דהיינו דוקא התם דממילא זוכה בשב ואל תעשה מטעם קי"ל וכדי שלא לזכות לריך לעשות מעשה ולומר שאיני רולה לזכות אבל אם אינו זוכה אלא כשיעשה מעשה אפ' לו' דאין כח בעל חו' לכופו לעשות מעשה כדי שיזכה הוא וכן ראיתי לה' כנסת הגדולה בתשו' סימן קע"ו וז"ל עוד נסתפקתי בכ"ש אם יש כח להכריח לבעל שימחה במתנ' אשתו כדי שיגבה הוא חו' שלו או יכול הבעל לומ' איני רולה למחות והסכמתי דאין כח בבעל חו' להכריח לבעל בזה ול"ד למה שהסכמתי שיכול להכריח שיזכה מטעם קי"ל דבשלמא התם כיון דאיכא פלוגתא דרבוות' ממילא בשב ואל תעשה זוכה מטעם קי"ל וכדי שלא לזכות לריך לעשות מעשה ולומר שאינו רולה לזכות אבל הכא אינו זוכה אלא כשיעשה מעשה וימחה ואין כח לבעל חו' לכופו בקום עשה שיעשה מעשה כדי שיזכה הוא עכ"ל הרי דס"ל דאם אינו זוכה אלא על ידי מעשה אין בעל חו' יכול לכופו בקום עשה שימחה כדי שיזכה הוא ואם כן הכא נמי אף על גב דבידו לחזור אין הבעל חוב יכול לכופו שיחזור כדי שיזכה הוא איברא בפ' א"ז למליעא דף י"ט ע"ב כ' בשם תלמידי הר"ף דמתנה דמהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה דאם היה חיי' לבעל חו' או כתובת אשה ומזונות יטרפו ממנה שהרי שעבד לו כל נכסיו שיש לו יכולת בהם והרי יש לו יכולת בזה המתנ' לחזור בה כיון דאין נגמרת אלא עד לאחר מיתה וכן כ' הגמ"ר פ"ח דכתובות בשם הר"י מאייבר"א עיי"ש והכא נמי מוכר או מוחל דבר שלא בא לעולם כיון שיכול לחזו' בעל חו' גובה ממנה וכן נר' לכאו' ראייה מדברי הרא"ש בפרק האשה שנפלו שכ' גבי מברחת וז"ל ליקנינהו בעל שהן ברשות האשה לחזור בה בכל עת שתרלה אם כן לא ילאו מרשותה ומאי הברחה איכ' וכו' ומשמע הא בעלמא כגון מבריח נכסיו מבעל חו' ומכתובת אשה דמקבל מתנ' א"א לו לקנות וכו' וכיון שלא כוין לקנות לו אלא להבריח לא ילאו הנכסים מרשותו וכו' אם כן על כרחך משועבדי' הם לבעל חו' ולכתובה וכו' עיין שם אבל הרשב"א בתשו' ח"ב סימן שי"ב כתב וז"ל שהכותב נכסיו לאחרים כדי להבריח נכסיו מן המלוים אם כ' כל נכסיהם ולא שיירו כלום יש להם דין הברחה ואין מתנותיהם מתנה גמורה ויכולים לחזור בהם וכו' אבל כששיירו קלת נכסים מתנ' גמורה ואין יכולים לחזו' בהם אלא אם כן התנו בפירוש שיוכל לחזור בו כל זמן שירלה ומכל מקום בין כך ובין כך לא נשתעבדו נכסים לא לבעל ולא למלוה שהרי הבריחו מהם וקנו בעלי המתנו' עד שיחזרו בו הנותן וכו' עכ"ל הרי דסבירא ליה דהכות' כל נכסיו להבריחם מבעל חו' או כ' מקלת נכסיו והתנה בפי' שיוכל לחזו' בו לא נשתעבדו נכסיו לבעל חו' אף על גב דבידו לחזו' וראיתי להרשב"א בתשו' ח"ב סי' רכ"ה שכ' וז"ל ומי שנתן שטר חוב לאחר ותופסין שמא אינה מתנה גמור' אלא כדי להבריח' מבעל חו' כ' לזה שטר אמנה אין בנו כח להוליאם מידי מקבל מתנה אלא אם כן נודע באמת שאינה מתנה גמורה דמן הספק אין מוליאין מיד זה שזכה בהם אבל אם נודע

באמת שלא היתה מתנה אלא שטר אמנה בלבד כדי להבריח מבעל חו' אין המתנה מתנה ומוליאין מזה ונותני' לזה דשטר הברחה בזה אינו כלום ואפילו קדם וכ' שט' הברחה קודם שלוה דכיון שלא קנה מקבל מתנה זה זכה מלוה בשעבודם וכדאמרינן בפ' האשה שנפלו נכסים גבי שטר מברחת כיון דלא קנינהו לוקח ליקנינהו בעל ופרקי' עשו אותם כנכסים שאינם ידועים לבעל ואליבא דר"ש אלמא בעלמא כל שלא קנה לוקח או מקבל מתנה זכה בעל חו' בשעבודם וכל שכן כאן שכבר קדם שעבוד בעל חו' להברחתו וכו' עכ"ל ותשובות אלו הביאם מרן הב"י סי' ר"ט עיין שם ולכאורה הם סותרים (א"ה עד כאן מלאתי ואח"כ מלאתי ונראה דהרא"ש וכו') יגר' דהרא"ש אזיל לטעמיה דסבירא ליה שם דאם מתה אפילו קודם שחזרה בה בטלה המתנה ממילא וכן נראה דעת הרמב"ם בפ"ו מהלכות זכיה דין י"ב ומרן בא"ה סימן ל' עיין שם בב"ש ס"ק כ"ה אבל אם שייר מקלת נכסים אפי' התנ' בפי' שיוכל לחזור בו כיון דקנה מקבל מתנה עד שיחזור בו הנותן לא נשתעבדו הנכסים לבעל חוב וה"נ במקנה דבר שלא בא לעולם למאן דאמר לא קנה אפי' מת ולא חזר בו בטלה הקנייה ממילא וזכו היורשים וכן בעל חו' גובה מהם אבל למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כיון דממכרו מכר אלא שאם רלה חוזר בו א"כ אם מת ולא חזר מעשיו קיימים כמו שהוכחתי לעיל והכא נמי אין בעל חו' גובה ממנו וכי האי גוונא כ' הרא"ש בתשו' הביאה הטור א"ה סימן ק"ח על קהל שהסכימו שכל האלמנה שתבא לחלוק שיד היתומים על העליונ' אם רלו היתומים לחלוק עם האלמנה ומת ראובן והניח בנים ובנות ולא גילו דעתם אם היו רולים לפרוע כתוב' אמם או אם היו רולים לחלוק ומתו היתומים ובא שמ' לתבוע שט"ח שהיה לו על ראובן וטען שיפרעו לו חלי הנכסי' וכולי תשו' מ"ש שהברירה תלויה ביד היתומים אם ירלו יחלקו וכו' דבר ידוע הוא שלא יעקר דין תורה ממקומו עד שיאמרו יורשים רולים אנו לחלוק וכו' עיין שם אלמ' אף על גב דביד היתומים לחזור ולחליק עם האלמנה אם מתו ולא גילו דעתם אין ב"ח גובה והכא נמי מתנתו ומחילתו קיימת והנכסים בחזקת המקבל כל שלא חזר לא נשתעבדו הנכסים לבעל חוב ואינו גובה מהם ולכאורה מדברי מהריק"ו משמע דוקא במלוה בשטר משום דכבר נעשה השעבוד אבל מלוה על פה דלא נשתעבדו הנכסים כל שלא הגיע זמנה הוי כדבר שלא בא לעולם וכי האי גוונא כ' מהר"י ן' מיגש בפרק י"כ לענין ראוי וז"ל לא תימא הני מילי במלוה דמט' זמנא וכו' אבל היכא דמת מלוה מקמי דמטא זמנא לגבות ראויה היא דומיא דכופר אבל לא שנא דמטא זמנא למגבה ול"ש דלא מטא זמנא למגב' אלא לבתר דמת מלוה מוחזקת ובעל ירית לה וכו' מיהו מסתב' לן דדוקא מלוה בשטר דאיכא שעבוד נכסי וקא משתעבדי ליה נכסי דלוה בחיי מלוה מחיים אבל מלוה על פה דליכ' שעבוד נכסי אי מטא זמנא לגבות מחיים הויא מוחזקת וכו' ואי לא מטא זמנ' למגב' מחיי' כיון דליכ' שעבוד נכסי ואי קדם וחבן זביניה זביני הא ליכא זכייה מחיים עכ"ל והכא נמי אפשר לומר דמלוה בשטר כיון דאיכ' שעבוד נכסי והוי מוחזקת חשיב דבר שבא לעולם אבל מלוה ע"פ שלא הגיע זמנה כיון דליכא שעבוד נכסי והוי ראוי הכא נמי חשי' דבר שלא בא לעול' וכן כת' מהרא"נח ח"א סימן כ"א לדעת מהר"ם דאפש' דמחיל' קודם שיגיע הזמן לא מהניא כיון שאינו יכול לתבו' אותו הוי כדבר שלא בא לעולם עיין שם ומיירי במלוה

על

על פה ואינו חולק עם מהריק"ו ולכאורה נר' לי ראיה דיכול למכור חוב שלא הגיע זמנו ממ"ש בעל התרומות שער מ"ו חלק ד' סימן י"ג וז"ל וכן מותר לאדם לומר לחבירו הרי יש לי שטר חו' על שמעון וכו' אמכרנו לך בפחות הרי זה מותר וכולי יש אומרים דוקא שטר חו' שהגיע זמנו וכו' ומסתברא שאף על פי שלא הגיע הזמן מותר וכו' וזה אשר השיב לי הרמב"ן הלואתו של חבירו וכו' בודאי שאע"ג שלא הגיע זמנו מותר כדמוכח בגמ"ר וכו' והביאו מרן הב"י בי"ד סימן קע"ג עיין שם משמע אפי' מלוה ע"פ שלא הגיע זמנה יכול למכור דהא בעי' שהמלוה יסתלק מן החוב ויזכה בו הקונה במ"ש ואם הוא שטר יקנה בכו"מ כדין כמ"ש הג"א שם והרמב"ם שכתב שטרות ולא הזכיר מלוה כבר כ' מרן הב"י חדא מנייהו נקט דמ"ש ובירושלמי הזכירו שטר בהדיא ע"ש ואם כן אפילו מלוה ע"פ שלא הגיע זמנה נקנים וכ"ש שיכול למחול מיהו ה' מח"א בה' רבית סי' ל"ג הוכיח דאם אחריות על הלוקח אפי' לא קנאו ליכא משום רבית וכן פשט דברי הטור והג"א שכתב דלריך שיקנה מלוה ע"פ במ"ש ומלוה בשטר בכו"מ אפשר משום דאם ליכא קנין האחריות על המוכר עש"ב :

י"ד **ואם** היתה מלוה בשטר וכו' מי שהקדים מלוה על משכון אינו קדוש דאף על גב דב"ח קונה משכון אין גוף המשכון שלו ואינו חייב אלא דמים והוי מחוסר גוביינא מהר"ס גאלנטי סימן כ"ד והר' בני יעקב דפ"ג הביא תשוב' מהר"ש ן' וליסיד דס"ל דיכול להקדיש מלוה על המשכון ודחה דבריו והסכי' עם מהר"ס גאלנטי עיין שם באורך אבל הרשב"ש בתשו' סימן ס"ה כ' אם היה לו מטלטלין משכון יראה שיכול להקדיש חוב שיש לו על אותו משכון אבל חוב על משכונה קרקע אפי' באתרא דלא מסלקי אע"ג דהבכור נוטל בה פי שנים כדלקמן סימן רע"ח ע"ש ה"ד בבכור דמוחזק סגי שהרי הראב"ד ס"ל דאפילו משכונה באתרא דמסלקי הבכור נוטל פי שנים וע"ש בהש"ך סק"ז וכן כתב בעל המאור בפרק כל שעה וז"ל וש"מ דישראל המלוה לישראל על המשכון בעלמא אף על גב דלא אמר ליה מעכשיו קני ליה כדר' ילחק דאמר מנין לב"ח שקונה משכון וכו' דאף על גב דבמשכנו בשעת הלואתו לא קנה שאני הכא כיון בסופו להקנותו קנאו למפרע וכולי ואי אקדיש או זבין שפיר עבד והאי דינא במטלטלין לחוד הוא ולא גמרי' מניה למקרקעי שהקרקע בחזקת בעליה עומדת עד שעת גובייני' ולא שייך בו דר' ילחק עכ"ל הרי דס"ל דבמטלטלי אפי' משכנו בשעת הלואתו אם הקדישו מלוה או מכרו שפיר דמי אבל קרקע לא וכן כת' הרמב"ן במלחמו' שם דלמסקנ' ר"י אפי' במשכון שלא בשע' הלואתו קנה משכון ואם הקדישו או מכרו שפיר דמי וכן כ' הריטב"א בחי' לקידושין דף ח' עיין שם ובפ' שור שנגח ד' וה' בההוא גברא דתקע לחבריה וכולי פירש"י והיה זה תפוס משלו דאי לא"ה לא מגבי' ליה בבבל עיין שם והכן יד עגייס וכו' וכ' הרי"ף והרא"ש דבאמירה לא מחייב משו' בפיך זו לדקה משום דאין אדם יכול להקדיש או ליתן לדקה דבר שלא בא לעולם וכו' וכ' ה' מעדני מלך וז"ל וזה נמי שלא בא לרשותו כלא בא לעולם דמי ואף על גב דרש"י מפ' להך דהכא מיירי בתפסס י"ל דלא תפס אלא משכון ולא מעות וכן מוכח וכולי עיין שם אלמא תפוס משכון אינו יכול להקדיש החוב וכהאי גוונא כ' הרשב"א בתשו' ח"ג סימן י"ד במוחל שטר משכונה וז"ל איברא אפי' באתרא דלא מסלקי מוחל הוא ומחילתו מחילה שלא עיקר הקרקע הממושכן הוא מוחל אלא המלוה שיש לו עליו ומעות אין כאן משכונה אין כאן שכל שאין גופו קנוי מחילה שייכא בהו וכולי דעיקר ממונא הוא דאית ליה עליה דלגוביינא קיימא וחוב הוא שיש לו עליה ומחילתו על המעות שיש לו עליו הוא וכו' ואינו דומה לשביעית דשביעית בלא יגוש תליא מילתא וכולי ותדע לך שהרי על משכון דמטלטלי' אין השביעי' משמטת כדאית' בגיטין ותאמר שאין יכול למחול וכולי עכ"ל הרי אע"ג דמחילה בגוף המשכונה לא מהני אם מחל החוב שיש על המשכו' מחילתו מחילה משו' דלא עיקר המשכו' הוא מוחל אלא המלוה שיש לו עליה והכא נמי אף על גב דב"ח קונה משכון ויכול למכור גוף המשכון אינו יכול למכור מלוה שיש לו עליו מיהו נר' דאם הקדיש החוב או מכרו ה"ד אם מסר המשכון ללוקח כיון דב"ח קונה משכון קנה החו' וכ"כ הטור ומרן סימן ס"ו דשט"ח על משכון מטלטלין כיון שמסר לו החוב ומסר לו המטלטלין קנה החוב שעליו במסירת המשכון אף על פי שלא מסר לו השטר ולא כתב וכו' והם דברי בעל התרומו' שער כ"א ח"ד סימן ז' וז"ל ומסתברא דחוב על המשכון מטלטלין וכולי א"כ אם הלוה עליהם בלא שטר מכי מסר המטלטלין וכולי קנה החוב מ"ד אאשה שאם קדשה במשכון דאחרי' שהיא מקודשת מפני שב"ח יש לו קלת קנייה בגופו של משכון וכולי וזה הבא אחריו זוכה במכירתו מכח הראשון עכ"ל א"כ דינו כמטלטלין שלו דנקני' בין במשכון שלא בשעת הלואתו בין במשכון בשע' הלואתו כמו שפסק מרן בא"ה סי' כ"ח דהמקדש במשכון מקודשת עיין שם בב"י ובפ"ק דקידושין גבי קדשה במשכון דאחרי' פירש"י שקדשה בחוב בחוב שיש לו עליו וכו' ע"ש א"כ יכול למכור ולהקדישו ומהריק"ו שרש פ"ט דקדק מדברי רש"י בפ' כ"ש דגוף החוב יכול להקדישו ולמכור ודוקא גוף הקרק' המשועבד כיון דיכול הלוה לסלקו במעות לא ע"ש ונר' דה"ד אם מכרו במעמד ג' או בכו"מ כדינו דאפי' לא הגיע זמנו לא חשיב דבר שלא בא לעול' אבל בלא כו"מ ולא במע"ג לא קנה החוב אלא אם היה במשכון מטלט' דב"ח קונה משכון מטלטלין אבל בקרקע לא כדאיתא בגיטין דף ל"ז מלוה על המשכון מ"ט משום דתפיס ליה אלא מעתה הלוהו ודר בחלרו הכא נמי דלא משמט א"ל שאני משכון דקני' מדר' ילחק עיין שם אלמא משכונה דקרקע לא וכן כתב הרב שפתי כהן בסימן רע"ח סק"ו עיין שם אם כן לא נקנה החוב במשכונת הקרק' וכן מנאהי לה' כנסת הגדולה בחי"ד סימן רנ"ת הגב"י אות כ"א דהיא במלוה בשטר והקנה אותו בכו"מ או במלוה ע"פ והקנה אותה במעמד ג' וכן ראיתי להרא"ה הובא בספר א"ז בפ' שור שנגח ד' וה' שכ' וז"ל אבל כשהוא ברשו' אחר לא אף כאן ממון זה עדיין לא זכה בו הניזק כלל אלא של מזיק הוא לגמרי ול"מ לדידן דקי"ל מכאן ולהבא הוא גובה אלא אפילו למפרע הוא גובה התם הוא בארעא ובתר דגבייה אבל במטלטלי' לא ותו במלוה ע"פ אפילו בארעא לא והכא במלוה על פה היא וכו' עיין שם הרי דס"ל דדוקא במלוה בשטר ובקרקע פליגי אביי ורבא דאביי סבירא ליה למפרע הוא גובה אבל במטלטלי' או במלוה ע"פ בקרקע לכ"ע מכאן ולהבא הוא גובה ואם כן גוף החוב אינו יכול להקדישו או למוכרו לכ"ע אלא במעמד ג' או בכו"מ אך תמהני דבגמ' מוכח בהדיא דגם במטלטלי' אמר אביי למפרע הוא גובה ומה שהק' מהרש"ח דאם כן מה ראיה מהתם דחוב לא הוי דבר שלא בא לעולם הרי במעמד ג' דהוי הילכת' בלא טעמא

אפילו

אפילו הוי דבר שלא בא לעולם קנה כמ"ש כל המפ' ונדחק' הר' כנסת הגדולה דסיברא ליה דמעמד ג' דחוב שלא הגיע זמנו לא מהני כדעת מהרשד"ם עיין שם לא דקדקו דאם חוב שלא הגיע זמנו הוי כדשלב"ל לא מהני כמי במעמד ג' אבל השתא דהוי דבר שבא לעול' הכ"נ מה"ט מהני מעמד ג' ואדרבא דמהריק"ו ס"ל דמעמד ג' מהני בחוב שלא הגיע זמנו מה"ט דחשיב דבר שבא לעולם אבל אי חשיב דבר שלא בא לעולם ודאי דלא נקנה במעמד ג' דהא דפרכי' בפ"ק דגיטין הקנה לנולדי' דלא הוו בשעת מתן מעות ה"נ דלא קנו וכולי דמוכח דלמסקנא קנו היינו בנולדי' אחר מתן מעו' אבל בשעת קני' מעמד ג' ליתיה בדבר שלא בא לעולם ולמי שלא בא לעול' ומהרשד"ם אפשר דסביר' ליה דחוב שלא הגיע זמנו חשיב שבא לעולם ואפי' הכי לא נקנה במעמד ג' דהילכתא בלא טעמא והבו דלא לוסיף עלה :

ט"ו ואם היתה מלוה בשטר וכו' כ' מהריק"ו שרש פ"ט דחוב שלא הגיע זמנו לא חשיב דבר שלא בא לעולם שנאמר שלא תועיל בו מחילה קודם זמנו אלא דבר שבא לעול' שכבר נעשה השעבו' ונתחייב הלוה בק"ם דהוי כמעכשיו עיין שם גם ה' שארית יוסף סי' ל"ה הוכיח דיכול למכור חוב שלא הגיע זמנו מפ' כל שעה גבי ב"ח למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא הוא גובה וכ' וז"ל ואף שיש לחלק דהכא גבי מלוה הזמן אתי ממילא בודאי אבל בכ"ד אינו תלוי בזמן כי תלוי במעשה בהעדר חמיו וזה אין לו זמן ידוע ותי' זה מלינו לענין להתיר נדרים שלא הגיע זמנם חדא מנ"ל לחלק מסברית הכרח להוציא ממון עיי"ש ומ"ש שכן מלינו לענין להתיר נדרים שלא הגיע זמנם כ"כ הר"ן סוף נדרים ובתשוב' סי' ל' דכל שלא תלה הנדר בדבר אחר אלא בזמן חל הנדר מקרי ויכול להתירו אבל אנן קיי"ל דאפילו נדר התלוי בזמן אין מתירין אותו עד שיחול שכך דעת הרמב"ם והראב"ד והסמ"ג כמו שפסק מרן בי"ד סי' רכ"ח סי"ז עיין שם וכה"ג נסתפק הרב משנה למלך בקטן שקדש אשה וא"ל הרי את מקודשת לי לאחר שאגדל דהא דתניא האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שימו' בעליך אינה מקודשת משום דהוי דבר שלא בא לעולם שאני התם דמחוסר מעשה שימות בעלה אבל הכא שאינו מחוסר מעשה אלא זמן דממילא אתי אפשר דלא הוי דבר שלא בא לעולם והביא דברי התוס' ביבמות דל"ד דס"ל דאינו יכול לקדש כשהוא קטן אפי' אומר שלא יחולו הקידושין אלא לאחר שיגדל אבל רש"י סבירא ליה בשקדש ביום שנשלם י"ב לנקבה וי"ג לזכר מקודש' משו' דכבר הביאו ב' שערו' אלא שחסר הערב שמש וזמן ודאי יבא ממילא עיין שם אם כן נר' דהכא נמי המוכר או המוחל חוב שתלוי בדבר אחר כיון דמחוסר מעשה הוי דבר שלא בא לעולם אבל התלוי בזמן בלבד אפי' לדעת התוס' דהתם ה"ט משום דאין מעשה קטן כלום אבל בעלמא לעולם מחוסר זמן חשיב דבר שבא לעול' ונר' שזה תלוי במחלוק' רב ושמואל בפ' יש בכור דרב סבירא ליה דהפודה את בנו בתוך ל' יום שיחול לאחר ל' יום אפי' נתאכלו המעו' בנו פדוי כמו בקידושי אשה ושמוא' אמ' התם בידו לקדשה מעכשיו הכא אין בידו לפדותו מעכשיו והרמב"ם בפי"א מהלכות בכורים והסמ"ג עשין קמ"ד והרא"ש ומרן בי"ד סימן ש"ה פסקו דאם א"ל לאחר ל' יום בנו פדוי אפי' אין המעות קיימים עיין שם בהש"ך סקי"ט ומ"ש דאין לחלק בכך מסברת הכרח להוציא ממון א"כ דהלוקח חשיב מוציא מהמוכר ובכל ספק יד הלוקח על התחתונה וכן כתב הרשב"א בתשוב' הביאה מרן הב"י א"ה סימן נ"ג וז"ל ועוד מה שטען הטוען דמן הסתם ידה על התחתונ' שהיא קרויה בעל השטר מסתבר' דבמקו' זה הבעל קרוי בעל השטר וידו על התחתונה ואינו דומה למ"ש בפרק גט פשוט שטר לך בידי פרוע הגדול פרוע שאני התם שהלוה פרע וכיון שהמלוה מודה שפרע לו שטר א' אם טען שלא פרע לו אלא הקטן עליו להביא הראיה אבל בנותן או מוחל שטר שיש לו על ראובן נ"ל דראובן מקבל מתנה ועליו להביא ראיה מה נתן לו או מחל לו וכולי ע"ש משמע דאפילו הנמחל טוען ברי ידו על התחתונה וכן פסק מהרד"ך והביאו הרב עדות ביעקב סימן ס"ז דספק במחילה על הלוה להביא ראיה עיין שם וכן כת' הרדב"ז ח"ב סימן שס"ד דכיון שהחוב ברור צריך של' המחילה מבורר עיין שם וא"כ ה"נ הלוקח חשיב מוציא:

ט"ז ואם היתה מלוה בשטר וכולי כתב הרב כנסת הגדולה בחי"ד סי' רנ"ח הגב"י אות כ"ח מדברי הרשב"א סי' תרנ"ו שכתב בא' שהקדיש התיבה והמעות והספרים והבגדים שבתוכה והיה בה שט' חוב כיון שהמקדיש פרט הספרים והמעות והבגדי' אין שט"ח בכלל וכו' נראה דס"ל דהמקדיש מלוה בשטר הוי הקדש ושמא כפי סברת השואל השיבו אבל לדידיה אפילו היה מפ' שהקדיש שט"ח לא זכה ההקדש דאין אדם מקדיש מלוה אפי' בשטר עיין שם וכבר מרן הב"י בי"ד סימן רנ"ט הביא תשו' הרשב"א שכ' דלא קנה ההקדש שטר חוב אלא בכו"מ כדין הדיוט עיין שם וכ"כ בסי' תרי"ח דאם הוא בריא לא הוי הקדש אבל אם הוא שכ"מ קנה ההקדש משום דדברי שכיב מרע ככתובי' וכמסורים דמו ע"ש ול"ל דבסי' תרנ"ו מיירי במי שהיה הולך ומתיירא שמא פן יקרנו מות בדרך הקדיש דהמפרש ויוצא בשיירא וכולי דינו כמלוה מחמת מיתה כמבואר בסימן ר"ן עיין שם שהרי כתב הרשב"א שם וז"ל גם מה שטען שחזר בו הא"ב אינה טענה שאפי' שחזר בו אינו רשאי שהמקדיש ואחר כך נמלך ואמר איני רוצה בהקדש והריני חוזר בי לא אמר כלום וכולי ע"ש וא"א אפילו לגבי הקדש יכול לחזור כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ג סי' רל"ה והביאו מרן הב"י י"ד סי' רנ"ט וז"ל שאלה מלוה מחמת מיתה שהקדיש בכלל נואתו סך ידוע לבנין ב"ה ומחוך אורך חליו ירד מנכסיו ורלה לפחות מתנותיו אם דין הקדש כדין הדיוט ויכול לחזור וכולי תשובה שאלה זו בעיא היא בפ' מ"ש וסלקא בתיקו וכולי ומכל מקום אני דעתי נוטה כדברי מי שפוסק להקל וכולי עיין שם וא"כ הכא נמי המקדיש ויוצא בשיירא וכו' דהוי כמלוה מחמת מיתה אפי' לגבי הקדש יכול לחזור ולכאו' נר' דס"ל דדוק' לגבי נפשיה הו' דמ"ל בפ' מ"ש דלא גמר ומקדיש אבל לגבי בנו פשיט' דגמר והקדיש ואין חזרתו כלום וכן כתב מהרא"ד"ב בס' לחם רב סימן ר"ג וז"ל אף על גב דהרשב"א בתשו' כ' דאפילו נתן לבתו אם לא אמר מנכסי לא מהני אע"ג דבתו קרובה אללו הקדש עדיף טפי תדע דהא בפ' מ"ש גבי הקדיש וחלק לעניי' לא דחי' להאי לד דאמרי' דגמר ומקנה גבי הקדש ועניים אלא משום דלגבי נפשיה לא גמר ומקנה דודאי אם יעמוד רוצה שיחזור הממון לו אבל אם מת דליכא טעמא דגבי נפשיה בכ"ד ודאי אמרינן גמר ומקנה עיין שם וכן חי' מהרש"ך ח"א סימן מ"א ונמשך אחריו הרב פני משה חלק שני סימן כ"ח עיי"ש ואם כן הכא נמי המפרש ויוצא בשייר' וכו' אע"ג דהוי כמלוה מחמת מיתה לגבי הקדש דאם עמד חוזר דלגבי נפשיה לא גמר והקדיש אבל אם מת אין חזרתו כלום אבל

אבל מצאתי להרשב"א בתשו' חלק שלישי סי' קכ"ב שכ' דיש מי שסובר כן דאם לא עמד יכול לחזור והעיד כן בשם הרמב"ן וכ' עליו הרשב"א וז"ל ואני אומר כי כל מ"ש כאן אינו ולא אמרו מכל מחברי הספרים וסופרים דשמואל כללא כייל דכל שעמד חוזר חוזר במתנתו וכיון שעמד חוזר בהקדשו חוזר הוא בו אף על גב דמת וכו' ומ"ש בשם הרמב"ן תלה ברבי' מה שאינו והדרבא בפי' כתב שחוזר בהקדשו וז"ל שכת' בשלהי ג"פ גבי מימרא דרב הונא דאמ' שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמ' מנה לפ' בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על הקדש פי' כשהקדיש כשהוא בריא ואח"ך כשהוא שכ"מ בשע' צואתו אמר אבל אי אקדיש כשהוא שכ"מ בעיא ולא איפשטא שמא אם עמד חוזר וקיי"ל כל שאלו עמד חוזר חוזר במתנתו וכולי והראב"ד שפירש ההיא דרב הונא בשכ"מ שהקדיש בשע' צואתו כ' דמההיא שמעי' דשכ"מ שהקדיש כל נכסיו אין יכול לחזור בו כלום' אפי' עמד שאם יכול לחזו' ל"ל חזקה יכול היה לחזור בכולן אלמא דבר פשו' הוא לכולן דכל שעמד חוזר במתנתו עד כאן לשונו הרי דהרמב"ן והרשב"א סבירא להו דחוזר הוא בהקדש אפילו מת וראיתי למהריט"א בס' קהלת יעקב דף קי"ג שכתב בתנאי אם לא אחזור בי ומת ולא חזר אף ע"ג דבעלמא בספק הקדש אמרי' אוקי ממונא בחזקת מריה היינו בההיא דא"ל בפרק מי שמת בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו אם עמד חוזר או לא שכ' הפוסקי' דאמרי' אוקי ממונא בחזקת מריה ולא הוי כהתם כיון דבעל הממון עמד והוא חי ועד עכשיו הממון בחזקתו בודאי אין ספק מוציא מידי ודאי אבל ספק הקדש ומת בעל הממון כיון דאם הוא תנאי והוי הקדש מעשה א' אין ההקדש מחוסר גבייה דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט א"כ בשע' מיתה שבאים היורשי' לירש הוי ספק אי הוי ממון מורישם או לא ואין ליורשים חזקת ממון יותר מההקדש ואם כן גבי הקדש דאיסור אזלי' לחומר' והוי הקדש עיין שם באורך וזה הפך דברי התוס' והרמב"ן והרשב"א דס"ל בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו דאפי' חזר כשהוא שכ"מ מהניא חזרתו לגבי היורשי' וכן פסקו מור"ם בסי' ר"ן וכן דין ההקדש וכ' הסמ"ע ס"ק י"א דיכול לחזור וליתנו לאחר ואם מת זכה אחרון עיין שם אלמא אפילו לגבי היורשים ואחרי' דאין להם חזקת ממון ומספק"ל אם חזרתו חזרה או לא אזלי' לקולא ולא הוי הקדש וגם הרא"ה והריטב"א דס"ל דלא מהני חזרתו לגבי היורשים אם מת היינו משו' דהוי להקדיש מעכשיו אם ימות ובודאי אם מת חל ההקדש ולא מהני' חזרתו ולא מ"ל אלא אם עמד חוזר או לא דהוי הקדש מעכשיו לגמרי אבל בתנאי אם לא אחזור בי ומספ"ל אם חזר אפי' מת מוקמי' הנכסים בחזק' היורשים וה"נ בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו וחזר כשהוא שכיב מרע ומת דפליגי רבוותא אם חזרתו מהני' לגבי היורשים או לא נראה מוקמי' הנכסים בחזקת היורשים ואפילו חזר ונתן לאחר מוקמי' הנכסים בחזקת הנותן דיכול לחזור ומכחו זכה האחר ובבתרא דקע"א באומר אם תלד אשתי זכר תחלה יטול מאתים ואחריו נקבה ולא כלום ילדה נקבה תחלה תטול מנה ואחריה זכר ילדה זכר ונקבה ולא נודע אם נולד תחלה אמרי' דזכר נוטל מנה ממ"נ ואידך מנה הוי ממון המוטל בספק וחולקין וכת' התוס' וז"ל לרבנן דאמרי הממע"ה הוי הכל בחזק' הזכר שהוא יורש לאחר מיתה א"כ אפי' כרבנן וא"ל בחיי האב שאין הזכר מוחזק יותר מן הנקבה עכ"ל ונראה דס"ל דאם לא זכו עד לאחר מיתה כיון דלא יצאו הנכסים מחזקת הנותן מחיים מוקמי' להו בחזק' הזכר שהוא יורשו ובתי' ב' מיירי בחיי האב שיצאו מרשות אביהם וכן תי' הרא"ש והובא בש"מ שם וז"ל ולרבנן מיירי כגון שכבר הוציא המאתי' מתחת ידו וזיכה להם ע"י אחר ויצאו מחזקתו והספק נולד בין זכר בין נקבה ואין אחד מהם מוחזק ע"ש ועיין בתשו' הרשב"ץ חלק שני סימן רע"ב ונראה דה"ד דאם יצאו הנכסים מחזקת הנותן לגמרי והספק בין היורש לאחר אבל הכא דמספק"ל אם הנותן יכול לחזור אם כן בניו מכחו הם יורשים ומספק מוקמי' הנכסים בחזקת הנותן ומכחו יורשים בניו ושוב ראיתי למהרש"ג בס' משפטים ישרים סי' ל"ד דס"ע שפסק כן דמוקמי' הנכסי' בחזקת היורשי' מספק חזרה אפילו לגבי הקדש עיין שם באורך ומכל מקום דעת הרשב"א דחוזר הוא בהקדש אפי' מת והכא נמי מפרש ויוצא בשיירא שהקדיש וחזר ואפי' מת חזרתו חזרה ומ"ש הכא דאפי' חזר אינו רשאי הוא לשיטתו דס"ל דמפרש ויוצא בשייר' דינו כבריא כמ"ש המ"מ בפ' ח' מהלכות זכייה דעתו כהר' יונה והובא בב"י סי' ר"ן ע"ש ואם כן צ"ל מ"ש שטרות כפי דעת השואל השיבו אבל לדידיה אפי' היה מפרש שע"ח לא זכה ההקדש כמ"ש הרב כנסת הגדולה ואפשר שהשואל ס"ל כדעת הרי"ף והרמב"ם דמפרש ויוצא בשיירא דינו כמצוה מחמת מיתה ואם הקדיש השטרות בפירוש זכה ההקדש משום דדברי שכ"מ ככתובי' וכמסורי' דמו והרשב"א לשיטתו אבל לדידיה אפי' הקדיש בפי' לא זכה ההקדש אלא בכו"מ ועי' בתשו' קול אליהו חא"ה סימן ח' :

וראיתי לה' המאירי הובא בס' א"ז בפ' מרובה שכ' וז"ל זה שכתבנו במלוה שאינו יכול להקדישה י"מ אפי' בשטר מפני שמן התורה אף ליתנה ולמוכרה אינו יכול שמכיר' שטרות דרבנן הוא כדעת גדולי הפוסקי' ואף וכולי מ"מ אינה ברשותו ודברים אלה כולם דוקא בהקדש סתם שהוא לב"ה אבל הקדש עניים חל על הכל שזה הוא כנותן ומוכר להדיוט אלא שיראה שצריך שיקדיש הן ושעבודם וכולי עיין שם משמע דס"ל דהקדש שטר לעניים אינו חל אלא כשיקדיש הן ושעבודם אבל אין צריך כו"מ אבל להקדש ב"ה אפי' אמר הן ושעבודם לא מהני:

סימן רי"ב

א' דין א' אכילת פירות וכו' דעת הרמב"ם ורבנו ן' מיגש בפ' מ"ש דאכילת פירות נמי הוי דבר שאין בו ממש דומיא דדירה עיין שם וכ' הסמ"ע אף שהפירות הם בעולם מ"מ שם האכילה דבר שאין בו ממש הוא עיין שם וכבר תמה ה' בני יעקב דס"א על הסמ"ע דהטור ס"ל דאכילה חשיב דבר שיש בו ממש עש"ב והט"ז כ' דאם הפירות בעולם ואמר יאכל פירות מהני לכ"ע שהרי כתב הטור בסימן רנ"ג בשם הרמ"ה דאם אמר יאכל פירות דקל זה מהני בשכ"מ ואם הוי דבר שאין בו ממש לא מהני אפילו בשכ"מ עיין שם וז"ל הרמ"ה בפ' מ"ש בסימן פ"ד ואיכא מאן דמוקי להו לתרווייהו בחד טעמא דכשם שהדירה אין בה ממש כך האכילה אין בה ממש וכו' וכ"מ דאפי' היכא דאיתנהו לפירי בעולם לא מהני בהו לישנא דיאכל וכולי מיהו מחוורתא כדפי' מעיקרא דאי מה"ט מ"ש דלא פשטי לישנא דיהנה וכו' ועוד דאשמעינן יאכל פירות דקל זה לשמעינן פירות הללו וכ"ש פירות דקל זה אלא לאו ש"מ וכו' בפירות שבאו לעולם מהני בהו לישנא דיאכל וכולי עיין שם הרי דהרמ"ה ס"ל דאי מטעם דהוי דבר שאין

בו ממש אפילו הפירות בעולם לא מהני ל' יאכל וא"כ הרמ"ה והטור ס"ל דאכילת פירות הוי דבר שיש בו ממש כמ"ש מרן הב"י דלכך השמיט הטור סימן זה יאכל הפירו' עיין שם אבל לדעת הרמב"ם ורבו ן' מיגש א"ל דאפי' היו הפירות בעולם לא קנה ומהר"ש הלוי סימן ל' כ' דלכ"ע אכילת הפירות הוי דבר שאין בו ממש והביאו ה' כנה"ג עיין שם וליתא דהרי הרמ"ה ס"ל דאכילה הוי דבר שיש בו ממש והר"ן בנדרים דף ט"ז ע"ב כ' וז"ל וא"ת וכי אמר ישיבת סוכה עלי מאי הוי הא דבר שאין בו ממש הוא וי"ל דהב"ע כגון דאמ' קונם סוכה לישיבת' עלי. אבל בתוס' אמרו דאפי' אמר קונם ישיבת סוכה עלי מהני דלא מיקרי דבר שאין בו ממש אלא כשאינו מזכיר שם החפץ שהוסר עליו כגון שאני ישן שאני מדבר אבל כשמזכיר החפץ הנאסר דבר שיש בו ממש הוא עכ"ל דהרי התוספות ס"ל דאם מזכיר שם החפץ הוי דבר שיש בו ממש :

ב' יש להסתפק במי שנתן לחבירו מתנה לשנה אם רוצה לומר דאחר שנה הוי מתנה או שיהא מתנה לשנה ואחר שנה בטלה והרשב"ם סי' ר"ח נסתפק באומר הרי זה גטיך לשנה אם רוצה לומר להשלו' השנה יהא גט והו"ל כאומר לכשתבא חמה אם ילאה חמה הוי גט או כוונתו שיהא גט לשנה ושאחר שנה לא יהא גט עש"ב וה"נ (א"ה עכ"מ) :

ג' אבילת פירו' דקל זה וכו' כ' הריטב"א בכתובו' דנ"ח וז"ל מהא ליכא למשמע מינה פי' וכ"מ לה מינה דאי טעמא דר"מ משום שאדם מקדים דבר שלא בא לעולם הא ודאי לית הילכתא כוותיה אבל אי טעמא דידיה משום דנעשה כאומר יקדשו ידיך לעושיה' אפשר דהילכתא כוותיה ואע"ג דלא קי"ל כוותיה במעריך פחות מבן חדש התם הוא שאתה משנה לשום מערך לדמים אבל הכא כי אמר שהוא מקדים מעשה ידי אשתו י"ל דה"ק שהוא מקדי' אותם בדין חכמים ובדין תורה דהוי כאלו אמר בפי' יקדשו ידיה לעושיהם ואלו המוכר פירות דקל לחבירו שיזכה כתיקון חז"ל הא ודאי זכה כאלו אמר גוף לפירות עכ"ל וכן כתב מהרא"ח ח"ב סי' ל"ו דלא פליגי רבנן אלא גבי ערך דאינו סובל לישנא דמים אבל כשיכולי' לפרש דבריו. כל' המועיל לכ"ע אמרי' אין אדם מוליא דבריו לבטלה עיין שם ודברי הריטב"א סייעתיה מיהו נראה דלה"ט ה"נ במוכר פירות דקל אמרי' אין אדם מוליא דבריו לבטלה ונעשה כאומר דקל לפירותי' כמו במקדים ידי אשתו אלא דהתם פסק שמואל כר"י הסנדלר דלא חל ההקדש וכן פסק הרמב"ם והטור ומרן בא"ה סימן פ"א עיין שם אם כן לא אמרינן אין אדם מוליא דבריו לבטלה ויקדשו ידיה לעושיהן קאמר וגם ר"ל דאמר טענתא דר"מ משום דאין אדם מוליא דבריו לבטלה לבתר דשמעי' לר"מ דס"ל דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם סבר דמקדים ידי אשתו דהוו הקדש ולא קי"ל כוותיה ולא אמרי' אין אדם מוליא דבריו לבטלה ובמוכר פירות דקל לא אמרי' אין אדם מוליא דבריו לבטלה ודקל לפירות קאמר אלא דאם מוכר פירות דקל שיזכה כתי' חז"ל הוי כאלו אמר גוף לפירות וכ"כ המרדכי בפ' מי שמת בשם ר' ברוך ופסקי מור"ם בסמוך ומהרשד"ם סי' רע"א כ' הפך לפסוק כר' ברוך עיין שם ואלו ראה דברי הריטב"א לא כ"כ וכן הסכמת רוב האחרונים כמ"ש הכנה"ג בסימן ר"ג אות מ"ח עיין שם וכו' ה' כנה"ג שם א"ל דלא כתב ר' ברוך אלא לגבי להקנות קרקע לפירות דהקני' לא מהני מחמת שחסר ההקנאה לכך

כשכתוב כתיקון חז"ל הקנאה כראוי וחסר משם הקנאה אבל כשיש שם הקנאה אלא שההקנאה אינה ראויה כגון מקנה אגב קרקע ולא הקנה לו מקודם הקרקע לא מהני עיין שם ונראה דגבי קרקע לפירות אפי' ודאי לא הקנה כראוי אלא מכר לו פירות דקל כיון שא"ל שיזכה כתקנת חכמים אמרי' דקרקע לפירות קאמר אבל אם ההקנאה אינה כלום פשיטא דלא מהני כתקנת חכמים דאטו אם הקנה לו דבר בלא קנין כלל מי מהני כתקנת חכמים לקנות :

ד' או דירת בית וכו' מהרשד"ם סימן שכ"ג כ' דאם המקבל מתנה מוחזק בבית זכה ומהרי"א ומהרש"ך חלקו עליו ומהר"ש יונה סי' ל"ב כ' דדוקא בבריא שקנו מידו מהני ל' דירה בעומד בתוך הבית ולא ערער אבל בשכ"מ לא עיין שם אבל בתשובות הרשב"ש סימן שכ"ב מבואר דאפילו היה דר שם המקבל מתנה ונתן לו דירה בקנין דמתנת בריא לא קנה עש"ב וכבר דחה מהרש"ך ראיית מהרשד"ם מר"פ הכותב דהתם דהספק בקנין שקנו מידו אם מדין ודברי' או מגוף הקרקע אמרי' שאם עמד בבית ולא ערער מוכח דמעיקרא על גוף הקרקע קנו מידו אבל בל' ידור דאין ספק שלא יועיל ודאי דאפילו עומד בבית אינו כלום והביאו מהרש"י שם אם כן אפי' בבריא בקנין לא מהני גם הריטב"א בחי' בר"פ הכותב כתב דפירש"י אינו מחוור ופי' בשם אחרים שאם כשקנו מידו היה עורר על השדה ועל זה קנו מידו יכול לומר מדין ודברים הוא דסלק נפשיה אבל בעומד בשופי בלי שום ערעור וקנו מידו מגופה של קרקע קנו מידו וכו' עיין שם וה' חוקות הדיינים סימן שכ"ד כתב וז"ל וכ' הר' יונה דדוקא כשאומר תחלה דין ודברים אין לי בנכסיך ואח"ך קנו מידו הוא שאמרו מגופה של קרקע קנו מידו דכיון שהקנין בא לבסוף לא בא אלא ליפות כחו אבל אם קנו מידו תחלה אינו כלום וכו' ומור"י תמ"ך כ' בזה דדוקא כשבא הבעל וערער על אותו קנין אבל אם לא ערער אפי' בזה אמרי' מגופה של קרקע קנו מידו כ"כ בתשובות וכולי עכ"ל מבואר דס"ל כפירש"י דה"ד כשבא הבעל וערער על אותו קנין אבל אם לא ערער אפילו קנו מידו תחלה אמרינן דמגופה של קרקע קנו מידו ועיין בתשובות הרשב"ש סימן רפ"ח שכתב בנותן בית דירה לא להיות שלו אלא לדור ע"ש :

ה' על שטר שכתוב בו שנתן לו לשכון בבית כל ימי חייו וכולי וטען המקבל דדירה בלא שכירות ובחנם והלה טוען דדר בשכירות קאמר נראה דסתם נותן דירה בחנם ואפילו הוי ספק המקבל מיקרי מוחזק דהא דקי"ל דקרקע בחזק' המשכיר ה"ד אם המשכיר יכול להוליא השוכר דהוי על גוף הקרקע והוי בחזקת בעליו אבל הכא דכל טענת' על עסקי דמים דלעולם דר בבית על בע"ה להביא ראייה להוליא ממון השכירות זכר לדבר דאמרינ' בפ' המקבל גבי יתומים אומרים אנו השבחנו וכולי ואילן הסמוך לעיר וספק זה קדם או זה דקולן ואינו נותן דמים משום דבין שהאילן קדם בין שהעיר קדמה האילן עומד לקלילה אלא דאם האילן קדם קולן ונותן דמים הילכך בספק כיון דכל טענתם על עסקי ממון אמרי' הביא ראייה וטול ויקוץ ואינו נותן דמי' ע"ש ברש"י וה"נ כיון דלעולם דר בבית ואינו יכול להוליאו וטענתם על עסקי דמים ישכון ואינו נותן דמים והא דקי"ל גבי השוכר בית מחבירו דינר בחדש י"ב לשנה דחדש של העיבור של המשכיר דמספ"ל אי תפוס לשון א' או לשון אחרון והקרקע בחזק' בעליה עומדת ואפילו לא

לא בא לשאול השכירות עד סוף החדש שכבר דר בו צריך ליתן השכירות כמבואר בסימן שי"ב התם משום דקרקע עומד לחזרה והיה יכול להוציאו וכן בכל ספק שבין שוכר למשכיר אבל הכא דאין הספק בגוף הדירה וטענתם על עסקי דמים על בע"ה להביא ראייה להוציא ממנו דמים וכה"ג כתב מהרא"ח ח"א סימן ל"ח ע"ש ועיין בה' כנה"ג סימן קל"ב ושוב מצאתי כן למהרימ"ט ח"מ סימן מ' על ראובן ושמעון שהיו שכנים וחצרו של שמעון לפנים מן החצר של ראובן ונתחייב ממון ליתן לו ג' מאות לבנים בכל שנה ואם לא יפרע הרשות ביד ראובן למחות בידו וביד באי כחו ושוב טען שמעון חזרתי ולקחתי זכות המעבר עלתה לו חזקה וכולי ועוד את"ל דחשיב כיורד ברשות לא שייך לומר בכה"ג דכיון דפלוגתא דרבוות' היא ארעא בחזקת מרא קיימא לפי שהקרקע אינו יכול להוציאה מתחת ידו ודמים הוא שתובעו כדאמרי' גבי הרחקת אילן מן העיר אם העיר קדמה וכו' והביאו ה' כנה"ג בסימן ק"ן עש"ב אבל הרשב"ש בתשו' סימן שכ"ב כ' דאם טען השוכר שנתן לו הדירה בלא שכירו' עשר שנים והמשכיר כפר ותובע השכירות ישבע השוכר על העבר ויפטר והמשכיר ישבע ויטול מכאן ואילך דקרקע בחזקת בעלים עומדת ע"ש הרי אע"ג דאינו יכול להוציאו כל העשר שנים וטענתם על עסקי דמים אמרי' דקרקע בחזקת בעליה עומדת ונשבע המשכיר מכאן ולהבא ונוטל ממון מיהו אפשר (א"ה עכ"מ) :

ו' הג"ה האומר ידור פלוני בבית זה ולא קצב וכולי בסימן ר' גבי מקבל לזון את חבירו סתם דעת הרשב"א דחיי' לזונו כל ימי חייו וכן תפס הרשב"ץ בתשובות ח"ג סימן ק' עיין שם אבל הרא"ש בתשובות ור' ירוחם נת"ו סח"א כב"ל דיד המקבל על התחתונה ובזמן א' סגי עיין שם וכת' ה' תורת חסד סימן רס"א דהיינו דוקא גבי מזון אבל נותן בית לדירה דומיא לאסו' פירות עליו בסתם דהוי לעולם דלא מסתבר דירה כל דהו דסתם דירה קבע ולא ערא' עש"ב :

ז' או דירת בית זה וכו' אבל אם אמר ישב פלוני בבית פלו' ישב משמע זכות בבית גופה וזוכה בה ה' נאמן שמואל סימן קי"ג והביאו ה' קהלת יעקב דקס"ב ע"ג סימן תכ"ב עיין שם :

ח' דין ז' אם צוה אדם שהוא שכי' מרע וכולי דאף במתנת שכי' מרע אף על פי שאין הנודר קיים מצוה לקיים דברי המת כמו שהוא חייב אם היה קיים המ"מ עיין שם ולכאורה נראה דסבירא ליה דבדברי' לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אפילו היו הנכסים בעולם אם לא נתנם ביד שליש לשם כך וכל שכן בדבר שלא בא לעולם אבל בשכי' מרע אמרי' מצוה לקיים דברי המת אפי' לא הושלש לשם כך וכן כת' הרמ"ה בפ' מי שמת סימן ל"ד וזה לשונו ולא אשכחן דמהני בברי' אלא דמסר לממונא ביד שליש ואמר לו תן וכו' אמרי' מצוה לקיים דברי המת אבל ואלו גבי שכי' מרע אף על גב דלא אתפסיה לממונא לשליש קני אי בעית אימא מטעם מצוה לקיים דברי המת וכי היכי דגבי שכי' מרע לא איצטרכי' לחד מאגפי ההקנאה שלא תטרף דעתו עליו גבי צואה נמי לא איצטרכו לאתפוסי לממונא לשליש שלא תטרף דעתו עליו ואי בעית אימא ל"ש גבי יטול יחזיק כיוצא דלשון הקנאה הוא ול"ש גבי תנו בלשון צואה כולה מילת' גבי שכי' מרע מטעמא דלשון מתנה הוא וכו' הכא נמי לא אטרחוה לאקנויי בלשון מתנה ממש שלא תטרף דעתו עליו וכו' עכ"ל הרי דס"ל דגבי שכי' מרע אמרי' מצוה לקיים דברי המת אפילו לא מסרו לשליש שלא תטרף דעתו עליו והכא נמי שכיב מרע שאמר כל מה שיוציא אילן זה או שכר בית זה יתנו לעניים דלשון צואה הוא אמרי' מצוה לקיים דברי המת אפי' בדבר שלא בא לעולם מהאי טעמ' שלא תטרף דעתו עליו אבל בבריא לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת כשלא מסרו לשליש וכל שכן בדבר שלא בא לעולם וכו' דהיינו דוקא בנדר שהיה הוא חיי' מצוה על היורשים לקיים דברי המת אבל בעלמא לא אמרי' מצוה לקיים דברי המת בדבר שלא בא לעולם אפילו בשכי' מרע כדמוכח בפרק מי שמת דאמרי' שכי' מרע שאמר ידור פ' בבית זה יאכל פ' פירות דקל זה לא אמר כלום ופסקה הרמב"ם ומרן סימן רנ"ג עי' שם ואמאי לא אמרי' מצוה לקיים דברי המת אלמ' בדב' שאין בו ממש או שלא בא לעולם לא אמרי' הכי וכן כ' הרמ"ה שם סימן פ"ד וז"ל וכי תימ' מ"ש ידור פ' בבי' זו דלא אמר כלום דדבר שאין בו ממש הוא ומ"ש הא דגרסי' בפרק השולח גבי מי שאמר בשעת מיתתו פלוני' שפחתי וכולי כופין את היורשים ועושין לה קורת רוח מצוה לקיים דברי המת ואף על גב דקורת רוח ממלאכ' לאו דבר שיש בו ממש הוא אמרינן מצוה לקיים דברי המת והכא נמי לימ' מצוה לקיים דברי המת שאני התם דלא לאקנויי לה מידי מעלמ' קאתי אלא למיפטר' ממלא' דמחייבה בגוה קאתי וכל כי האי גוונ' אית' נמי בבריא אפילו בדבר שאין בו ממש מ"ד אשבועה דאף על גב דלית בה ממש מהני קני למיפטרה מינה עכ"ל הרי דס"ל דבדבר שאין בו ממש לא אמרי' מצוה לקיים דברי המת אפי' בשכי"מ והוא הדין בדבר שלא בא לעולם דאכילת פירות דקל זה דבר שלא בא לעולם הוא כמ"ש הרמ"ה שם דכל דליתיה בבריא ליתיה בשכי' מרע לא במתנה ולא משום מצוה לקיים דברי המת ואם כן ה"נ אין היורשים חייבים לקיים דברי המת בדבר שלא בא לעולם אלא משו' דמורישם היה חיי' לקיים נדרו והר' כנה"ג בסימן רנ"ב הגב"י אות ל"ב כ' בשם מהריב"ל ח"ג סי' מ"ג ומהרשד"ם סימן שכ"ג דאמרינן מצוה לקיים דברי המת אפי' בדבר שלא בא לעולם ואין בו ממש אבל מהרי"ט סימן קל"ז חולק עיין שם ונראה דמדברי מהרשד"ם אינה ראייה וזה לשונו ועוד אפ' לו' דמטעם אחר זכתה לאה ובניה בבית מטעם מצוה לקיים דברי המת דאמרי' בפ' השולח וכו' הכא נמי הרי צוה ליורשים שלא יוכלו להוציא לאה ובניה עד ד' שנה וסלק כחם מזה וכו' עיין שם דא"ל דהיינו דוקא משום דכבר היא מוחזקת בבית והוא צוה ליורשים שלא יוכל להוציאה וסלק כחם דדמיא לשפחה דהוי לפוטר' ממלאכה דמחייבה בה דכיון דלאו לאקנויי לא מידי מעלמ' קאתה אמרי' מצוה לקיים דברי המת כמו שכת' הרמ"ה וכן כ' מהריב"ל בתשו' שם וז"ל ועוד אפשר לומר דלכל הפירוש' בכ"ד איכא מצוה לקיים דברי המת מאחר שהיו דרים באותם הבתים ואפשר לדמותה למה שתירץ הר"ן אי נמי היא זכתה בעלמה עיין שם הרי דבמוחזק' אמרי' מצוה לקיים דברי המת לכולי עלמא דומיא דשפחה אבל בעלמא אפש' דמודה מהרשד"ם דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת בדבר שלא בא לעולם ואין בו ממש וה"ט דכל ליתיה בבריא ליתיה בשכ"מ לא במתנה ולא בצואה ואם כן דבר שלא בא לעולם דליתיה בבריא דיכול לחזו' אפילו אחר שבאו לעולם ליתיה בשכי' מרע לא במתנה ולא בצואה אבל בנדר דחייב הוא להקדיש כשיבאו לעולם חייבים היורשים לקיים צואתו :

ט' אם צוה אדם כשהוא שכי' מרע וכו' כ' הרדב"ז

חלק

חלק שני סימן ל"א ברחובן שהקדיש לעניים שטר עיסקא שיש לו על שמעון ומת ואחר כך מת שמ' הלוה והניח קרקע אם לוקחים אותה העניים או יורשי ראובן אי יורשי שמעון והביא תשו' הרמב"ם שכ' דאין לעניים כלום דא"א לגבות מיורשי שמעון שטר עיסקא אלא בשבו' וכיון שהוא לעניים והם אין יכולים לישבע אין נוטלים כלום ותמה עליו דאיך חל ההקדש דפלגא דפקדון טוענ' ליורשים ואין זוכין בו ופלגא דמלוה אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו ואף ע"ג דכ"כ ה' בפ"ו מה' ערכין שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם אם אמר הרי עלי להקדשו הרי זה חייב להקדישו כשיבא לעולם ונאמר דה"ה במקדש דבר שאינו ברשותו כגון מלוה כשיבא לידו חייב להקדישו היינו דוקא במקדיש עצמו אבל היורש מנ"ל ועוד דהיינו דוקא מי שאמר הרי עלי להקדיש אבל מי שהקדיש מעתה דבר שאינו ברשותו ודאי לא חל ההקדש ובדוחק י"ל אף על פי שההקדש לא חל מכל מקום זכו בו עניים משום מלוה לקיים דברי המת אפילו הוא בריא עכ"ל והנה מ"ש ונאמר דהוא הדין במקדיש דבר שאינו ברשותו כגון מלוה וכו' כן נראה בהדיא מדברי הרמב"ם שם שכ' הרי עלי כל שאשתכר בשנה זו וכו' אלמא אפילו בדבר שאינו ברשותו דאין בידו להשתכר חייב וכן כ' הרשב"א בתשו' ח"ג סימן רל"ח וסימן קט"ז עיין שם אבל מ"ש דאפילו לא חל ההקדש זכו בו עניים משום מלוה לקיים דברי המת אפילו בבריא מבואר דסבירא ליה אפי' בדב' שאינו ברשותו אמרי' מלוה לקיים דברי המת אפי' בברי' ודבריו תמוהים דמדברי הרמב"ם הכא שכ' אם נוה אדם כשהוא שכי' מרע וכו' משמע דוקא שכי' מרע אבל ברי' לא והמבי"ט ח"א סימן קס"ט כת' דהוא הדין בבריא דבריא שוה לשכיב מרע בדין זה עיין שם אבל הרדב"ז עצמו בתשו' אחרת סי' קע"ז כ' דהיינו דוקא שכי' מרע וחלק עליו עיין שם באורך ועיין בס' מעשה חייא סימן כ"ו וכ' המ"מ הטעם משום מלוה לקיים דברי המת כמו שהוא היה חייב משמע אפילו שכי' מרע אם לא חל הקדש לא אמרי' מלוה לקיים דברי המת אלא דוקא בנדר שהיה מוריסם חייב להקדש אבל אם לא חל ההקדש ולא נדר לא אמרינן מלוה לקיים דברי המת ואם הוא בריא אפי' היה נדר דחייב הוא להקדש לא אמרינן מלוה לקיים דברי המת ואם כן הכא נמי המקדיש חוב שיש לו על פלוני אפי' היה שכי' מרע היורשים פטורים דאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו ומשום נדר ליכ' שלא נדר לעשות כן וכיון דהוא פטור לא אמרי' מלוה לקיים דברי המת אבל אם אמר בל' נדר כיון דהיה חייב להקדישו כשיבאו לעולם אמרי' מלוה לקיים דברי המת וגר' דס"ל דלא אמרי' מלוה לקיים דברי המת אלא כשנתנו ביד שליש לשם כך אבל אם באו לידו אחר הלואה או שהיו בידו בתחלה ולא לשם כך לא כדלקמן בסי' רכ"ב עיי"ש וכן דקדק הרדב"ז עצמו בח"ג סימן תקי"ב מדברי הרמב"ם דלעיל סי' קכ"ה דין ח' דאם עדיין לא הגיע ביד שליח ומת הנותן ליכא מלוה לקיים דברי המת עיין שם וא"כ הכא נמי מקדיש חוב שיש לו על פ' ומת היורשי' פטורים ועיין בסי' רכ"ב ועוד דאם לא חל ההקדש אפי' אמרי' מלוה לקיים דברי המת גם בבריא כדברי הרדב"ז אמאי אין טוענים בשביל היורשים שמת אביהם שאל לחכם והתיר לו נדרו וכן ראיתי להרב כרם שלמה סימן י"ח שכתב באחד שנדר להקדש ומת דטוענים ליורשים שמת אביהם התיר נדרו דאם טען הוא כן נאמן והכא נמי טוענים ליורשיו ואף שכתבתי בסי' ק"י דטענה דשאלה לא שכיח' כמו שכת' הרמב"ם בסוף ה' נדרים דנדרי הקדש מלוה לקיימם ולא ישאל עליהם אלא מדוחק וכ' מהר"ם מינץ סימן ע"ג דהוא הדין נדרי צדקה עיין שם וטענה דלא שכיחא לא טענינן ליורשים עיין שם נראה דהיינו דוקא כשחל ההקדש אבל המקדיש דבר שלא בא לעולם ושאינו ברשותו כיון דלא חל ההקדש אף על גב דחייב לקיים נדרו מדין נדר יכול להתירו לכתחלה כשאר נדרים וכן ראיתי לה' בית יהודה בחי"ד סי' ו' שכן כת' עיין שם ואם כן נראה דשאלה כי האי גוונא מילתא דשכיחא היא וטענ' ליורשים כן והא דאמרינן בר"פ האשה רבה גבי הקדש אי דידי משום דבידו לאתשולי עליה וכו' כ' הריטב"א בחי' שם ומילתא דשכיחא היא דמזדקקי ג' הדיוטות עיין שם כבר כתב ה' מח"א בהלכות צדקה סימן ה' דהתם מיירי באומר נשאלתי על הקדשי והותר דנאמן במגו אבל גבי הקדיש נכסיו אפשר דלא ידע שיש שאלה בהקדש ואם תמלי לומר ידע שיש שאלה בהקדש לא ימצא פתח לנדרו עיין שם ואם כן אפשר לומר דוקא אם טען הוא נאמן אבל לא טענינן לייורשים כן דשמא לא ידע שיש שאלה להקדש ואם תמלי לומר ידע שיש לו שאלה שמא לא מצ' פתח לנדרו ואף למה שהוכחתי דנדרי הקדש נמי סגי בחרטה ואין פתח וכל שכן לצדקה לעניים מכל מקום כיון דמלוה לקיימו מילתא דלא שכיחא היא ואין טענו' ליורשי' שאביהם ידע שיש שאלה בהקדש עובר על המלוה ומלאתי להרשב"ש בתשובות סימן ס"ה שכתב באשה אחת שלוותה מעות לראובן ומשכן אצלה בית והאשה בעת פטירתה לותה שדמי המשכונה יהיו הקדש וכו' וזה לשונו המקדיש חוב שיש לו על אחרים אפי' בשטר אינו הקדש וכו' מיהו הני מילי בבריא אבל בשכי' מרע יש לעיין אי הוי דיניה כבריא לענין זה או לא דבפר' שור שנגח ד' וה' וכו' הקשו הגאונים אמאי אילטריך ליה לטעמ' דאנן יד עניים אנן והא סגי ליה באמירה דאמרינן בפ"ק דקדושין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ותי' רב האי גאון וכו' ור"ח וכו' ולפי תירוצי' אלו בנדון הזה ההקדש אינו הקדש דאף על גב דאמירתו לגבוה וכו' אבל הרי"ף תי' דמשום הכי אילטריך לטעמא דאנן יד עניים אנן משום דהוא זוזא ברשותא דאחריני ולא מצי מקדיש ליה וכולי וכיון דבפני בית דין הקדישו דהוי כאלו אמר מנה לי יש לי בידך תנהו לפ' במעמד שלשה קנה דאף על גב דלא קיימי עניים התם דאנן יד עניים אנן וכו' וילא לנו מדברי הרי"ף דאף ע"פ שאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו במעמד שלשה מצי מקדיש ליה דהא אמרינן בפרק מ"ש דשכי' מרע שאמר הלואתי לפלוני קנה אותו פלוני דכיון דאיתיה בבריא במעמד שלשה איתיה נמי בשכיב מרע אפילו שלא במעמד שלשה וכיון וכולי ובריא מצי מקדיש במעמד שלשה שכי' מרע נמי מצי מקדיש מלוה שהיו לו גבי אחרים אף שלא במעמד שלש' כן נ"ל לדעת הרי"ף והרמב"ן וכו' מכל מקום קשה הדבר בעיני להעביר נחל' דאורייתא ולתתה למי שאינו ראוי לה במקום שיש מחלוק' בין הגדולים וכו' ואחר שכתבתי זה מלאתי תשו' להרשב"א שאין בריא יכול להקדיש חוב שיש לו על אחרים ושכיב מרע מקדיש וכולי עכ"ל ונראה דסבירא ליה דלרב האי ור"ח גרוע הקדש מהדיוט דאף על גב דשכי' מרע שאמ' הלואתי לפלוני קנה בלא מעמד ג' כיון דאיתיה בבריא במעמד ג' בהקדש לא קנה וכי האי גוונא כ' התוספות בבתרא דף ע"ו בד"ה קני לך וכו' וז"ל בפ' מ"ש משמ' דמכירת שטרות לא הוי אלא מדרבנן וכולי וא"ת ואמאי לא קני מדאורייי' שעבוד הקרקע הכתובה בו דהא קרקי' נקנה

נקנה בכסף ובשטר ובחזקה ואפילו בלא מסירת שט"ח יקנה ויש לומר דכמו שאינו יכול להקדישו כדמוכח בפר' כל שעה כיון שהקרקע אינה ברשותו כך אינו יכול להקנות' מן התורה וה"א דלא תקנו רבנן שיוכל להקדיש כמו שתקנו יכול להקנותן לפי שאין הקדש כל כך צריך עכ"ל אלמא אף על פי שתקנו יוכל להקנותן במכר ומתנה שטר חוב לא תקנו בהקדש לפי שאינו כל כך צורך וה"נ מעמד ג' שהוא מדרבנן לא אלא במכר ובמתנה ולא בהקדש אבל הרי"ף סבירא ליה שיכול להקדיש במעמד שלשה ואם כן שכי' מרע יכול להקדיש אף שלא במעמד ג' אבל תמהני על ה' שהרי בעל המאור בפ' דו"ה הסכים עם רב האי ור"ח ודחה דברי הרי"ף וז"ל דלא אמרינן אינו ברשותו בדבר שאינו מסרב הלה ליתנו לי שאם אתה אומר כן אפי' מעמד ג' לא היה מועיל לו בהקדש וק"ו בהדיוט וכו' הרי דסבירא ליה דמעמד שלשה ודאי מהני בהקדש ועדיף מהדיוט אלא בחוב שאין הלה מסרב ליתנו לו חשי' ברשותו ויכול להקדישו בלא מעמד ג' ולא צריך לטעמא יד עניים אנן ואם כן גם רבינו האי ור"ח סביר"ל הכי דבריא יכול להקדיש במעמד ג' ושכי' מרע יכול להקדי' אף שלא במעמד שלשה דכל דאיתיה בברי' איתיה בשכי' מרע גם בעל התרומות שער כ"ח ח"ד כ' וז"ל גם יש לעיין ראובן שאמר לשמעון מנה שיש לי בידך תנהו ללוי שיזכה בו ליהודה ויהודה אינו במעמדם אך לוי וראובן ושמעון הם במעמד א' וזה נראה ממ"ש הרי"ף בההיא דקמא וכו' דמטעמא דמעמד ג' זכו בהם נראה מדבריו שזכה יהודה בהמחאת לוי ומסתברא דהאי סברא ליתא דלוי הא לא קני מידי כל זמן דלא אתא לידיה במה זכה יהודה אלא נראים הדברים כמו שכתב רבינו אפרים וז"ל ואיכא מאן דאמר דהוא פלגא רווחא בידיה דהוא דתק' וכו' ומה היכא דאית ליה לראובן מנה גבי שמעון וא"ל באנפי לוי מנה שיש לי בידך תנהו ללוי שיזכה ליהודה כל זמן דלא מטי ביד לוי לא קנה וכו' הכא דאמר נהביה לעניים כל שכן דלא קנו עניים ולא זכה רב יוסף אפילו ב"ד הגדול הילכך ליתיה להאי פי' ואוקמה דהוא פלגא דוזא כבר מטא ליד רב יוסף ולהכי זכה ביה ליד עניים אלה הם דבריו ונראים הם עכ"ל הרי רבי' אפרים ובעל התרומות דחו דברי הרי"ף מטעם דלא שייך מעמד שלש' לזכות לאחר אם אין הזוכה במעמדם ואם כן נר' דגם ר' האי ור"ח הכי סבירא להו דלא זכה במעמד שלשה לאחר אבל אם היכא דקיימי עניים התם והקדים במעמד ג' זכו והכא נמי שכיב מרע יכול להקדיש שלא במעמד ג' דכל דאיתיה בבריא איתיה בשכיב מרע אבל דעת הרי"ף דזוכה במעמד ג' לאחר וכן הסכים הרב המאירי בספר א"ו בפ' שור שנגח דו"ה וכן ע"ש מצאתי למהר"י מברונא סי' רי"ב דכ' דשכיב מרע יכול להקדיש הלואה שיש לו ביד ישראל אבל הלואה שביד גוים כיון דליתיה במעמד ג' כמו שכתבו התוספות בפרק קמא דגיטין ליתיה בשכי' מרע אבל פקדון שביד גוים כיון דאיתיה בבריא בקנין אגב קרקע איתיה בשכיב מרע עיין שם באורך ולדברי הרמב"ם דאם אמר מה שתלד בהמתי יהיה הקדש וכו' חייב לקיים דבריו אפ' רב האי ור"ח הכי סבי' להו דהת' נמי דאמר נתביה לעניים חייב לקיים נדרו ואינו יכול לחזור בלא טעמא דיד עניים אנן וכן כתב הרב מח"א בהלכות צדקה סי' ב' עיין שם ואם כן שכ"מ שהקדיש חוב שיש לו על אחרים לכולי עלמא הוי הקדש אי משו' דכל דאיתיה בבריא במעמד ג' איתיה בשכיב מרע אף בלא מעמד שלש' ואם אמר יהיה הקדש דהוי נדר ושיה

חייב הוא צריך לקיימו מלוה על היתומים לקיים דבריו והכא נמי בנדון דידן שלותה שדמי המשכונה יהיה הקדש זכה ההקדש לכולי עלמא איברא דמרן ס"ע כתב דאם אמר קרקע זו לכשאקחנה יהיה הקדש אינו כלום וכתב הסמ"ע ס"ק כ"ב דדוקא מה שתלד פרתי ויוציא אילן זה שהם דברים שבאים ממילא סבירא ליה להרמב"ם דחל עליו הנדר לקיימו מה שאין כן קנין בית שהוא אינו בידו ולא בא ממילא וכן בגביית חוב דגם כן אינו בא מאילי' לא חל הנדר עיין שם ואם כן הכא נמי שכ"מ שאמר על חוב יהיה להקדש כיון דלא חל הנדר לא אמרי' מצוה לקיים דברי המת אבל מטעם דכל דאיתיה בברי' במעמד שלש' איתיה בשכיב מרע זכה ההקדש מדין מתנת שכיב מרע :

ועוד נדחק הרדב"ז ותי' עוד דהרמב"ם איירי בכגון שבשעה שהקדי"ש מסר שטר העיסקא בכתיבה ומסי' ואמר יזכה במ"ש בשטר זה לעניים מעכשיו ע"ש ונראה דס"ל כהריטב"א בחי' פ"ק דקידושין אדתנן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכו' שכתב וז"ל והאי כמסירתו דקאמר לאו מסירה ממש וכו' אלא מסירתו פי' בהקנאתו כל חד וחד דיליה ובשטרות הוי בכתיבה ומסירה בקרקעו' בחזקה הילכך האומר שטר זה וכל שעבודו יהא לעניים זכו לגמרי והוא דקא' וכל שעבודו דגבי דהקנאה כהדיוט לא בעי אמירה כהדיוט בעי מפי מור"י נר"ו עכ"ל והביאו הש"ך סי' ס"ו עיין שם אם כן אפשר דהרמב"ם איירי באמר שטר זה וכל שעבודו יהא לעניים דזכו עניים דאמירתו לגבוה ככתיבה ומסירה להדיוט ומהר"ש פרימו בתשובות בס' כרם שלמה סימן ע' הק' כיון דמסירתו רולה לומר כל א' בהקנאתו אם כן בשט"ח לימא כהקנאתו במעמד ג' דשט"ח נקנה במעמד ג' ולכאור' א"ל דהרא"ה ס"ל כמ"ד דמעמד ג' צריך מדעת הנמחה וא"כ אע"ג דאמירה כמסירה אכתי מחוסר דעת הנמחה שיאמר אתן עיין שם ודבר ה' בפיהו אמת שהריטב"א בחי' ספ"ק דגיטין דחה דברי ר"ת והסכים דמעמד ג' אינו אלא ברצונו דההקנאה דלוה דמשעבד עלמו ובס"ד כ' מפי רבי' עיין שם הרי דהריטב"א ורבו ס"ל דלא קנה בע"כ מיהו אפילו למ"ד דקנה בע"כ לא אמרי' אמירתו לגבוה כהקנאה דמעמד ג' דהא מחוסר אמירה בפני הלוה כמ"ש מהרש"ף והרב כרם שלמה תי' עוד משום דמעמד ג' לא מהני בכתובת אשה דשמא תמות היא בחיי בעלה ולא אתי לידי גוביינא לכך נקט מילתא פסיקתא כגון דאמר קני וכולי עיין שם ואכתי ק' דהא (א"ה עכ"מ ואח"ך מצאתי בדף אחר כתוב ויותר נראה לי וכו') ויותר נראה לי דהרמב"ם ס"ל כדעת המרדכי בפ' הספינה שכ' דה"ה מלוה דיוכל להקדיש אע"פ שאינה ברשותו כדאיתא בפ' י"כ דמלוה יכול ליתנה במעמד ג' ואם לא היה יכול להקדיש לא היה יכול ליתן אבל בגזל אמרינן בפ' מרובה ופ"ק דמליעא דאינו יכול להקדיש עיין שם משמע דאפי' בריא דוקא גזל אינו יכול להקדיש אבל מלוה יכול להקדיש כמו פקדון וכן כתב מהר"א ששון סימן קנ"ב ואפשר לומר דהוא אזיל בשיטת מהר"ם בתשו' הארוכות סי' תל"ג והביאו המרדכי בפ' שור שנגח ד' וה' דאסמכתא מועלת בהקדש דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט היינו כמסירה המועלת אפילו בהדיוט דהיינו בקנין ובב"ד חשוב וכן דברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמו פי' כמסירה המועלת וכו' ותדע דהא הלואתי לפ' אע"ג דלא משכחת לה בבריא אפילו אג"ק כיון דמשכחת לה לכל הפחות במעמד ג' קנה וכולי והובא בב"י סימן ר"ז מחו' מ"א ע"ש הרי

דהשוה

דהשוה הקדש לשכ"מ ואם כן כי היכי דשכ"מ שאמר הלואתי לפ' קנה משום דאיתיה במעמד ג' ה"נ בהקדש ול"ד לגזל דשכ"מ נמי אם אמר מה שגזל ממני פ' לפ' לא קנה דהא ליתיה במעמד ג' כמ"ש הרשב"א ח"ב סי' רל"ה ע"ש ולכך אינו יכול להקדישו אבל מלוה דבשכ"מ קנה משום דאיתיה במעמד ג' ה"נ יכול להקדישו מה"ט ואפשר שז"ש דאם לא היה יכול להקדים לא היה יכול ליתן וכולי דהיינו במתנת שכ"מ דהקדש שוה לבכ"מ דבתרוויהו אמרינן אמירה כמסירה המועלת ומהרא"ש וה' בני יעקב דפ"א האריך בדברי המרדכי ע"ש ומ"מ דעת המרדכי וכן הרז"ה דיכול להקדים מלוה ואם כן אפשר שזה דעת הרמב"ם בתשובות דאם הקדים בע"ת לא בעי כתיבה ומסירה דאמי' לגבוה כמסירה המועלת ואין לריך לומר קני לך וכולי וכן ס"ל בשכ"מ שנתן שע"ת דאין לריך לומר קני לך וכו' כמ"ש הר"ן והמ"מ הביאם הב"י סי' רכ"ג סל"ו עש"ב וה"נ בהקדש לעניים אמרי' אמירתו לגבוה וכו' ועוד אפשר דהרמב"ם לא אמרה אלא בעיסקא כדאמרינן בפ' המקבל להכי קרו לה עיסקא דאם מת לא יעשה מטלטלין אלא בכיו משום דאינו יכול להוליאה וכן פסקו הרמב"ם בפ"ז מה' שלוחין והטור ומרן בי"ד סימן קע"ז ובח"מ סימן ק"ח עיין שם ואם כן אע"ג דמלוה אינו יכול להקדישה משום דמלוה להוצאה ניתנה אבל עיסקא דאינו יכול להוליאה הוי כפקדון ואע"ג דכ' מהר"ם בתשובות הארוכות סימן תתקע"ג והובא בתשו' המיי' דשייכי לס' משפטים סימן י"ב דרבא לא פליג אלא בהנך תרתי דלהכי מיקרי עיסקא לאטסוקי בה ולא למשתי בהו שיכרא ולא לעשות מטלטלין אלא בכיו אבל לשאר מילי מודה דמתי דאפיק בהדיה אפיק ומאי דלא אפיק בהדיה מודה רבא דהוי פלגא מלוה עכ"ב נראה דלענין זה דינו כפקדון דיכול להקדישו כיון דאינו יכול להוליאה כמו דאין נעשה מטלטלין אלא בכיו מה"ט :

עוד כתב הרדב"ז וא"ת ישבעו יורשי ראובן שבועת היורשים ויוליאו מיורשי שמעון ויתנו אותו לעניים כמו שלוה מוריסם וי"ל דמיירי כגון שלא היה לראובן יורשים א"נ ס"ל דבשלמא אם הממון היה לו בדין הוא שישבע ויטול אבל ישבע הוא והעניים יטלו כזו לא תקנו וכולי עיין שם וק"ל שהרי הטור בסימן ס"ו ס"ד וז"ל לוקח שקנה מהמלוה שט"ח שיש לו הלוה אם אחר שלקחו מת נשבע הלוקח שלא אמר לו המוכר כלום ושאינו יודע ששטר זה פרוע וגבה וכולי וכן נמי אם הלוה קיים וטען שהוא פרוע ואין בו נאמנות אם המוכר קיים ישבע וגובה הלוקח וכו' ואם מת כ' הר"י הברללוני נשבע היורש שלא פקדנו אבא וכו' עיין שם בב"י דאם לא מת הלוה וטען פרוע נשבעי' יורשי המוכר וגובה הלוקח ואם מת הלוה והמלוה נשבע הלוקח וגובה וליכא למימר דוקא מוכר שט"ח לריך לישבע מוכר או יורשיו משום דאם מחל חייב מה שהפסיד ללוקח וכן במתנה איכא הפסד דאי לאו דשביד ליה נייחא לנפשיה לא הוה יהיב ליה כדאמרינן בפ' הנזקין גבי אין נפרעין מנכסי' משועבדים במקום שיש בני חורין ואם כן כיון דמשעבד ליה לריך לישבע אבל בהקדש דלא שייך האי טעמא דאי לאו דעבד וכו' וכן כתב בעל התרומות גבי אין נפרעי' מנכסי' משועבדי' במקום שיש בני חורין דגבי ההקדש (א"ה עכ"מ) :

יו"ד ב' הרדב"ז ח"ג סימן תק"ו וז"ל חלה ונתרפא והשיא את בנו ובתוך שמחת לוה שיתנו ממונו סך לשמעון וליהודה וכו' תשובה אם מקבלי המתנה הם עשירים ודאי לא ת"ל שהרי לא זכו בא' מדרכי ההקנאה וראובן בעלמו היה יכול לחזור בו וכו' אלא ודאי עיקר בהאך היא שמקבלי המתנה הם עניים ואמירה לגבוה כמסירה להדיוט והוי כאלו הגיעה המתנה לידם ואינו יכול לחזור עיקר דבר זה מחלוקת כי סברת הרשב"א וכו' המתנדב מעות לצדקה לא אמרינן בה אמירה לגבוה וכו' ורוב הפוסקים הסכימו דאמירה לעניים הוי כאמירה להקדש ואינו יכול לחזור בו וכו' עוד א"א דאפי' הרשב"א מודה בשלמא אם היה חוזר ראובן בעלמו נהי שהיה יכול לחזור מכל מקום אנן לא טעני' ליתמי במאי דהוה מצי אבוהון למטען אלא במילתא דשכיחא אבל במילתא דלא שכיחא לא וראובן זה עשיר גדול היה והשיא כמה יתומי' והחזיק כמה ישיבות ונתן מתנות לעניים אין חקר וכולי ודאי לא היה חוזר הילכך לגבי דידיה מילתא דלא שכיחא היא ולא טעני' ליתמי וזכו בעלי המתנה וכולי עכ"ל מבואר דס"ל דאפילו לא הקנה בא' מדרכי ההקנאה אם לא חזר הוא לא טעני' ליורשי' שמא היה מוריסם חוזר כיון דאיכא אומדנא ומילת' דלא שכיחא היא אבל בעלמא טעני' ליורשי' שמא היה חוזר וכ"כ בח"ב סי' של"ז דטוענין' ליורשי' שהיה אביהם חוזר במקח אע"פ שהיה מקבל מי שפרע ע"ש וכבר הארכתי בסי' ר"ט והוכחתי מדברי הראשוני' דטוענים ליורשים טענת נחת רוח עשיתי לבעלי אע"ג דלא חזר הפך דברי מרן הב"י עש"ב מיהו נראה דה"ד בדבר שזכה בו אבל מוכר דבר שלא בא לעולם דוקא אם תפס בפני המוכר ושתק הלה משום מחילה אבל אם מת קודם שתפס הלוקח לא זכה דמי מחל כמ"ש הרשב"א וא"כ ה"נ אפילו ודאי לא היה האב חוזר אם לא קנה בא' מדרכי ההקנאות במה קנה פשיטא דהוי בחזק' היורשי' :

סימן רי"ד

א' דין א' וכן העלייה וכולי הטור כתב בשם י"א שאינה בכלל בית עיין שם בב"י וכן כ' התוס' במליעא דף ק"ו בד"ה איפחית וכולי דמוכר את הבית לא מכר את העלייה אלא לענין שעבוד הוי בכלל בית עיין שם משמע אפי' פתוחה לבית אינה בכלל בית נמכר וכת' מהריט"ץ סימן קל"ו דה"ד כשלא מכר אלא בית א' אבל כשא"ל כל הבתי' שלי אני מוכר לך אפשר דגם העלייה בכלל עיין שם :

ב' דין ג' לריך לכתו' קנה מקרק' התהום עד רום הרקיע וכו' שטר שכתו' בו מתהום ארעא עד רום רומא משמע שהקנה לו מרומו של אויר הבית שהוא הגג להשתמש בו לפי שרום הוא האויר ורום הרום הוא הגג למשטח פיה פירות או בגדי' אבל לא קנה הגג לבנות על גבו הרשב"ש סימן ש"ג עיין שם :

ג' על א' שמכר עלייה בנויה על חלרו וכ' עד רומא דרקיעא ונפל ובנה אותו הרב כנסת הגדולה בסימן קס"ד הגה"ט אות כ"ג כ' וז"ל יעקב הו"ל בית ועלייה ע"ג וסמוך גג אחד בשוה תחתית העלייה מוקף גדר מג' רוחות וראוי לבנות ע"ג עלייה כמו עלייה האחרת ומכר יעקב לשמעון העלייה והגג הסמוך לה מן התקרה ועד רום רקיע' ושיבנה ויסתור שמעון ויעשה בה כחפלו ורלונו ונפטר יעקב וירש ראובן הבית שתחת העליי' ושתח' הגג ושמעון בעל העלייה והגג רולה לבנות על הכתלים ולהגביה בניינו כי לכך כתב המוכר ללוקח מן התקרה ועד רום רקיעא וראובן היורש טוען שאין לו כח לבנות מחדש הדין עם היורש כי לא כ' יעקב לשמעון עומקא ועד

ועד רום רקיע' אלא לומר שהאויר קנוי לו ואינו משייר המוכר לבנות ע"ג עמודים כדפי' רשב"ם ז"ל ומ"ש לו שיבנה ויסתור לומר שהוא שלו לגמרי ויעשה כאדם העושה בעלייה שלו שירש מאבותיו אבל לא שיזיק את התחתון בבנין חדש א"נ שאם תפול לא יאמר לו אודה לה או שיבנה לרבות בחלונות והתקרה העשוייה בארזים שיעשה אותו בשקמים וכיוצא בזה אבל להכביד על כותלו יותר לא עלה על דעתו וכולי הרמב"ן בתשו' והובא בתשוב' הרשב"א מכ"י הלכות קרקעות סימן רמ"ג עכ"ל הרי דאפי' כת' לו עומקא ועד רומא אינו יכול לבנות עלייה אחרת אלא דוקא האויר קנוי לו לענין שלא יוכל המוכ' לבנות ע"ג עמודי' אבל הלוקח לא יוכל לבנו' על הכותלי' ואפי' כ' לו שיבנה ויסתור וכו' אין לו אלא לרבות בחלונו' והתקרה העשויה בארזים יעשה אותה בשקמים אבל אין לו למעט בחלונות והתקרה העשוייה בשקמים לא יעשה בארזי' כדינו בפ' הבית והעלייה ולא דרשי' ליסנא יתירא לטפויי :

ד' דין ה' הג"ה

ולא שייר לעצמו רק האויר וכו' הרשב"א כ' אפש' שאם מכר לו בפי' עומקא ורומא של אותו בית וכתב לו הבית לרומא קנה כמוכר שדה למעשרותי' ודקל לפירותי' וכולי מיהו צריך להתיישב עוד בדין זה שי"ל שאני דקל שאין הפירו' בטול' לפיכך א"א לשיירם אא"כ שייר הגוף לפירות אבל האויר ממילא הוא משוייר ואין צריך לשייר גוף שהרי לא נכנס בכלל המכר ואם כן במוכר גוף לאויר המשוייר לא עשה כלום וכתב הרב כנסת הגדולה הגב"י אות י"ד דהר"ן בפ' י"נ גבי בכ"מ שאמר ידור פ' פשיטא ליה דהאויר ממילא הוא משוייר וכ' הר"ש יונה דלא שבקי' ודאו של הר"ן מפני ספיקו של הרשב"א עיין שם ואם כן נר' דאם מת המוכר יורשי' בניו האויר דדוקא במוכר דקל ושייר לעצמו פירות קי"ל דאם מת אין לבניו כלום אא"כ פי' לי וליורשי דכיון דאין לו אלא משו' דאמרי' דבעין יפה משייר לנפשו לא מהני אלא לו ולא ליורשיו כמ"ש הטור סי' ר"ע אבל האויר דממילא הוא משוייר בעו יורשיו אותו אבל הטור ומרן בסי' רי"ב ס"ג כ' אבל אם מכר לא' בית ואילן וחורבה וחצר ושייר לעצמו דירת בית ואכילת פירו' ואויר החורבה ואויר החצר מהני דהוי כאלו פי' שייר לעצמו מקום וכו' נראה בהדיא דס"ל דאויר נמי לא הוי משוייר אלא משום דבעין יפה משייר מקום לעצמו :

ה' דין י"ב הג"ה

אבל אינו נותן לו עלייה וכו' אבל הר"ן בנדרי' דנ"ז כ' בשם הרמב"ן דאפי' אמר בית מביתי נותן לו עלייה הגרועה וכן פסק הרמב"ם והביאו מרן הב"י ע"ש וכן הסכים ה' המאירי בנדרים שם דאין חי' בין בית א' לבין בית בביתי או בית מביתי בין בלוקח בין במקבל נותן לו עלייה הגרועה נפל נותן לו אותו שנפל עיין שם וכ"כ הריטב"א והנ"י שם ובתשו' בשמים ראש סי' רס"ב הביא ל' רב נחשון גאון שפסק כן :

סימן רט"ו

א' דין א'

כל תשמישי הבית וכו' אבל חטי ושערי ושאר מטלטלין לא ואין צריך לומ' בהמה ועבדים וכו' הרמ"ה בפ' המוכר את הבית סי' ה' ע"ש :

ב' כתב

מהר"ס בתשוב' על ראובן שנתן בית שלו ואחר כך נתברר שלא הי"ל אלא רביעית בית וכו' דבלשון בני אדם לא קרו רביעית בית בית ואי ממ"ש הבית שיש לי היינו דהוא אמר שהיא שלו דאטו מאן דאתי קמי סהדי וא"ל בית שיש לי במקו' פ' כתבו ונתנו לו לפי' שאני נותן לו מי אית להו לידע שהוא אומר אמת שהיא שלו פשיטא דלא וכו' וזה נר' סותר מהר"י ן' הרא"ש הביאו מרן הב"י סי' שע"ה שכ' שאין לעדים לחתו' על שטר מכירה עד התברר להם שהוא של המוכ' וכו' ומהר"ס די בוטון סימן מ"ח כ' דלא אמר מהר"ס אלא דוקא במתנה דאם נודע שאינה שלו תבטל המתנה ולא מפסיד המקבל כלום אבל במכירה דהלוקח נתן מעו' ואם הקרקע אינה שלו מפסיד מעותיו ודאי דאין להם לחתום עד שיתברר עיין שם וכבר דחה מהר"ש ויליסיד סימן מ"ט דגם למקבלי מתנה איכא פסידא דודאי בחנם לא נתן מתנה אם לא הי"ל הנאה ממנו ע"ש ומהר"ס בתשו' הקלרות סי' שע"ו כ' וז"ל ועוד דאטו אם ראובן מכר לשמעון חפץ ונתקלקל מי נימא אדעתא דהכי לא קנאו שמעון אלא כמו שפי' ר"י בסוף הגוזל קמא דהתם לאו בדעתא דלוקח לחודיה תליא מילת' אלא בדעת' דמוכ' נמי ומוכר לא מקני ליה אדעתא דהכי הילכך לא שייכא שום אומדנ' דדעתא בכה"ג במכר וכן במתנ' נמי הליא בדעת' דתרווייהו אי לאו דעבד ליה נייח לנפשיה לא יהיב ליה הילכך לא תליא בדעתא דנותן לחודיה אלא אף מקבל מתנה וכו' עיין שם אלמא מדמי' מתנה למכר ובפ' הנזקין גבי אין נפרעים מנכסי' משועבדי' במקום שיש שם ב"ח אמרינן הכא נמי במתנה מה"ט דאי לא עבד וכו' עיין שם ומהר"ס בתשוב' סימן ק"ל הביא ראייה מזה דעשו תקנת השוק במתנה עיין שם הרי דחשו למקבל מתנה הכא נמי העדים ובתשוב' מהר"י ן' הרא"ש סימן כ' השואל יז"ל והיה נ"ל שמאחר שמכירי' חתימת עדי המכירה שאין צריך ראיה אחרת מדאמרי' בפ' האשה שנתארמלה חזקה אין העדים חותמי' על השטר אא"כ נעשה בגדול אף על גב דאיכא לספוקי אמרי' חזקה שאין חותמין אלא בענין שהמכירה יהיה מכירה ה"נ לא היו חותמין אם לא שהיו יודעי' שהיתה יכולה למכור וכו' תשובה מדין התלמו' נ"ל שהדין כאשר כתבת וכן מן הראוי שאין לעדי' לחתום על מכירת קרקע עד שיתברר שהוא של המוכר וכולי עכ"ל מבואר דמ"ש מדין התלמוד נ"ל וכו' היינו מההיא דחזקה אין העדי' חותמי' על השטר אלא אם כן נעשה בגדול וכבר הוכיח הרשב"א בתשו' ח"ב סימן רל"ו דלא בקטנות וגדלות בלבד אמרו כן עיין שם ולדברי מהר"ס די בוטון הכא נמי לא אמרי' הך חזקה אלא במכר ולא במתנה ומדברי הרשב"א בתשו' ח"ב סי' רל"ו וסי' שע"ע מוכח בהדיא דגם במתנה אמרי' חזקה זו דהעדי' והמקבל דייקי עיין שם ואם כן הכא נמי אמרי' חזקה אין העדי' חותמים אפי' במתנה עד שיתברר להם שהוא של הנותן והמקבל נמי ודאי דייק אבל מרן הב"י סימן קמ"ו כתב בשם הרשב"א אע"פ שהעדים כתבו לאה מכרה הבתים שלה לראובן אין מכאן ראיה לפי שהעדים לאו אכולה מילתא מסהדי עיין שם ותשו' הרשב"א זו מלאתיה בח"ד סימן קמ"ב על האלמנה שמכרה חלי הבית לראובן בנה ויורשי האיו ערערו שהאלמנה לא נשבעה ואין מכירתה כלום וראובן טוען ואמ' שהחזיקה בבתי' וכו' ועוד בשטר המכירה כתבו העדים לאה מכרה הבתים שלה כת' וז"ל אם הבתים ידועים לבעל אע"פ שהחזיקה האלמנה שנים הרבה אין זו חזקה עד שתביא ראיה לדבריה שהי"ל נכסי' ממקום אחר ואע"פ שהעדים כתבו שלאה מכרה הבתי' שלה לראובן בנה אין מכאן ראיה לפי שהעדי' לאו אכולה מילתא קא מסהדי ותדע שהרי שנינו העורר על השדה והוא

והוא חותם עליה בעד אבד זכותו הא עדים חתומי' בו לא אבד את זכותו וכולי עכ"ל הרי דס"ל דגם במכר אמרינן דעדים לאו אכול' מילתא מסהדי הפך מהר"י ן' הרא"ש וכ"כ עוד הרשב"א בסי' קע"ב על ראובן ושמעון שירשו קרקע מאביהם וראובן הביא ראייה מכתובת אשתו שכתוב בה דלאה הכניסה בנדונייתה חלק שלה מקרקע פי' שיש לה עם בעלה ועם אחיו אין ללאה באותו קרק' שחתומים בה בכתובה דכבר כתבתי דעדים לאו אכולה מילתא מסהדי וכולי ע"ש איברא שהר"ן בפ"ב דכתובות כ' וז"ל וכ' הרא"ה דהא דמספק"ל דוק' בלישנ' דידיה כי האי דאמר אני פ' כהן אבל בלישנא דסהדי ודאי מהימני' וכו' וכן דעת הרשב"א אבל הרמב"ם וכו' עיין שם הרי שכת' דהרא"ה סבירא ליה דבלישנא דעדים נאמנים וכן דעת הרשב"א וה' כנסת הגדולה בסימן מ"ט הק' מתשו' אלף קנ"ו שהביא מרן הב"י בסי' קמ"ז שכ' גבי דעדי' לאו אכולה מילתא מסהדי וכו' ומהר"ש הלוי כת' דתשו' זו אינה מהרשב"א אלא ממהר"ס וכבר דחה דבריו ה' כנסת הגדולה ועוד דהרי בתשו' אחרת שכתבתי מבואר דסובר הרשב"א הכי דלאו אכולה מילתא קא מסהדי וז"ל הרשב"א בתשו' ח"ב סימן רמ"ד וגם מה שנמצא כתוב באותה כתובה מצד פ' חורבה של ראובן ועדים חתומי' בה אין זו ראיה אלא אם כן שמעון עצמו חתום עליה עד ומשנה שלמה שנינו וכו' אבל אם חתומי' עליה כמה עדים בלא הוא לא אבד את זכותו וכדקי"ל לאו אכולה מילתא קא מסהדי שאין העדים מתכוונים להעיד אלא בעיקר מה שנזדמנו עליו שהוא נתינת השדה או במכירתו ולא דקדקו על מצרי' לדעת אם הם של מי שמחזיק בהם עכשיו אם אין וכו' עכ"ל הרי דס"ל דעדים לאו אכולה מילתא מסהדי והיינו משום דלא נתכוונו להעיד אלא במה מה שנזדמנו שהיא המכירה ולא בדקדוק של מצרים כמו שתי' הרב כנסת הגדולה בתשו' הרשב"א דסי' אלף ק"ט וה' כנסת הגדולה תי' עוד בתשו' דסי' אלף קנ"ו דה"ד בכ"ד דטענה יפה היא דאכן סהדי דאין כלה מרגשת במ"ש בכתובה עיין שם לא יספיק לתשוב' אחרת שהביא מרן הב"י סי' קמ"ז ולתשו' דח"ב סי' רמ"ד שכתבתי דאפי' שלא בטענה יפה אמרי' דעדי' לאו אכולה מילת' מסהדי לכן נראה עיקר כתי' אחר שכתב הרב כנסת הגדולה וז"ל ולכן כ"ל שדעת הרשב"א ז"ל כדעת הרא"ה ז"ל ומ"ש בסי' אלף קנ"ו אינו ענין לזה דאף הרא"ה מריה דשמעת' הכי ס"ל וכמ"ש הר"ן בפ' הנז' בשמו וז"ל כי פליגי דוקא בהך דשייך למידק בשמא דיליה לפי שהמלוה תלויה בזה אבל אידך דמילי דמתני בשטרא בשמא דידיה ודאי לא מסהדי סהדי עלייהו אלא דאיהו א"ל הכי וכן נר' דעת הרשב"א ז"ל ע"כ וביאורן של דברים דאפי' למאן דס"ל דאפי' בלישנא דידיה סהדי אכולה מילתא קא מסהדי היינו דוקא בדבר שהמלוה תלויה בזה אבל בדבר שאין המלוה תלויה בזה לכ"ע סהדי לאו אכולה מילתא קא מסהדי וירא׳ שיש ללמוד מכאן דאפי' בלישנא דסהדי כל שהמלוה תלויה בזה לאו אכולה מילתא קא מסהדי אליבא דכ"ע ובנדון הרשב"א אין המלוה תלויה בזה שעיקר השטר אינו לעשו' הבעל מצרן לאשתו ולזה מ"ל שיהיה אותו קרק' הקדש וכו' עיין שם ואפשר דהכא נמי בתשו' אחרת שכ' העדי' לאה מכרה הבתי' שלה לראובן בזה וכו' ס"ל דאפי' לא נתברר להם מי המוכר לא חשיב עיקר הדבר וכן כת' מהרא"ד"ב בסי' קל"ה ע"ש אבל הא ליתא וז"ל הריטב"א הובא בתשו' מהרב"א סי' י"ד ובש"מ לכתובות שכ' אבל בשטר שכ' בלשון עדי' פי' כהן לוה פשיט' דאכולה מילת' מסהדי והא דתנן לקמן בפ"ב העורר על השדה וכולי ההיא אפי' כתוב בשטר בלשון בעל דבר וכו' דע"כ לא איבעיא לן הכא אלא בדבר שהוא נשמו של בעל דבר דאפשר דדייקי עדים בחניכתו אבל בההיא ל"ל למידק והיינו דקתני התם והוא חתום עליה עד אבד את זכותו הא אין עלמו חתום עליה לא אבד את זכותו ודוקא כשכתוב בל' בעל דבר אבל כתוב בלשון עדים אכולה מילתא מסהדי דאי לא ידעי דדידיה הוא לא הוו כתבי הכי וכן היה אומר מור"י וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דגבי עשאה סי' לאחר אם כתוב בלשון עדים אמרינן דעדים אכולה מילת' קא מסהדי ומתני' מיירי כשכתוב בל' בעל דבר דאם המערער אינו חתום עליה אלא עדי' אחרי' לא אבד זכותו דהעדים לא דייקי וראיתי לה' פנים מאירו' ח"ב סי' ב' על שטר שכתבו העדים שבא ראובן וא"ל הוו עלי עדים שחצי הבית שלקחתי מלוי ע"פ ד"ת יהיה לשמעון וכו' שכ' וז"ל ול"ד דאם כתבו בשטר א"ל יוסף כ"ש וכולי דהתם לא משמע שהוא א"ל כך רק הם מעידים ואי לא דידעי שהוא כהן וכולי לא כתבו כן אבל בנ"ד מה שכתבו בפי' וא"ל וכו' אפשר שהעדים לא ידעו רק סמכו על מה שאמר להם המוכר וכו' וראיה ברורה דהא אם מסר מודעא בפני עדים ואמר להם שהוא מוכרח למכור מחמת אונס אם לא כתבו ואנן ידעי' באונסו לא הוי מודעא ולא מדחתמו העדים על דבריו ש"מ ידעו שהיה לו אונס וכו' עיין שם באורך וחי' זה בין דברי המוכר לדברי העדים הם דברי הריטב"א שכתבתי וכ"כ הרשב"ץ ח"ג סי ר"ז וז"ל אבל הרשב"א כ' דאם אמרו כן העדים מעלין ליוחסין בעדות' ולא נוסקי' דאין מעלין אלא כשהוא בעלמו כתב אני פ' כהן וכו' ע"ש גם הרמב"ם והטור א"ה סי' ג' ס"ל דאפי' בלשון עדים אמרי' דעדים לאו אכולה מילתא מסהדי ומהרשד"ם סימן רס"ג כ' דדוקא גבי יוחסין קאמר משו' מעלת היוחסין כדמשמע מדברי' המ"מ אבל בד"מ מודה והביאו הר' כנסת הגדולה בסי' מ"ט אות י"ג יע"ש ואין נראה כן כמ"ש ה' בני יעקב דמ"ה והר' בית יהודה חלק שני סימן י"ג עיין שם וכן נראה בהדיא מדברי הרשב"ץ חלק שלישי סי' ר"ז דגם בממון סובר הרמב"ם כן עיין שם והרשב"ש סי' רס"א כתב וז"ל אבל טכסיו שאין עיקר השטר בא אלא על הלואה ואגב גררא הזכירו על המיתה א"א אין שם עדות על מות ראובן ועדות שבשטר אינה אלא על מנה שבשטר ורא׳יה לדבר וכולי וכן פסק הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה עיין שם :

סימן רי"ח

א' דין כ"ד וכל מטלטלי' וכולי כתב הב"ח והש"ך דהרמב"ם ומרן ס"ל לחלק בין מכר למתנה דנותן בעין יפה הוא נותן כל המטלטלין בכלל נכסים אפילו לא אמר כל כדלקמן סימן רמ"ח עיין שם וגם הלח"מ פ"א מה' שאלה הל' ז' הק' מדין קרקעות ודקלי דאמרינן דהוו שנים וחי' בין מוכר למתנה דנותן בעין יפה נותן עיין שם אבל מצאתי לרב האי בס' המקח שער כ"ד שכתב וז"ל אבל מי שאמר לחבירו מוכר אני לך כל נכסי שיש לי תדע שיש חילוק בין מי שאמר כל למי שלא אמר כל והוא חלוק ידוע למי שלא אמר כל ואמר נכסי נכנס תחת אותו מכר כל קרקע שיש לו והעבדים והבתים וכמו שפי' ולא הזכירו בגמ' כשאמרו אפי' עבדי ובתי לא אמרו שם מטלטלי' אבל כשאמר כל

נכסי

נכסי נכנס תחת אותו מכר כל ממון שיש לו בין מקרקעי בין מטלטלין והכספים והכל ואפילו ס"ת כדגרסי' עבדא איקרי נכסי ואפילו תפילין אקרי נכסי כדגרסי' ההוא גברא דזבין לנכסיה אתו לקמיה דרב יימר א"ל סליקו תפלין מאי קמ"ל מתני' היא המקדש נכסיו מעלין לו תפלין מהו דתימא התם הוא דסבר מלוה קא עביד אבל לענין זביני מלוה דגופיה לא מזבין קמ"ל וכולי והיכא שמוכר מטלטלין הרי יש חילוק בין שאמר מטלטלין לבין מי שאמר כל מטלטלי' כדגרסי' לענין המתנות אמר מטלט' לפ' וכולי עכ"ל מבואר דס"ל דאין חי' בין מכר למתנה דאם לא אמר כל נכסי אין המטלטלי' בכלל עד דאמר כל נכסי והרמ"ה בפ' המוכר את הבית סי' י"ח כתב וז"ל ומסתברא דהא דאמרינן הכא דאם א"ל נכסי או נכסי דפלניא אפי' בתים ועבדים לאו לאפוקי מטלטלין קאתי דע"כ דנכסי אפילו מטלטלין נמי משמע כדמבורר בפ' מ"ש גבי אמר נכסי לפ' דפשיטא התם מטלטלין אקרו נכסי ואפילו תפילין וכולי ובעל עיטור סופרים כ' דשמעתא דהכא כפשטא דאי אמר נכסי אפילו בתים ועבדי' אבל מטלטלין לא עד דאמר כל נכסי ול"ק דהכא מכר והתם מתנה וליתא מההיא דגרסי' התם ההיא גברא דזבניה לנכסיה אתא לקמיה דרב יימר א"ל סליקו ליה תפילין מאי קמ"ל מתני' היא המקדש את נכסיו מעלין לו תפלין מ"ד התם וכו' והא התם דנכסי סתמא קאמרי' ולא כל נכסי נודהותביה עלה מאי קמ"ל מתני' היא דאלמא זביני נמי בהאי עניינא כי דינא דהקדש דמו דאפי' בל' נכסי סתמא תפלין נמי אקרו נכסי וכ"ש שאר מטלטלין עכ"ל הרי דהרמ"ה ס"ל דאין חי' בין מכר למתנ' דאפי' אמר נכסי סתם ה"ל המטלטלין בכלל אפי' תפילין ורב האי ס"ל דאפילו במתנה אין המטלטלין בכלל עד דאמר כל נכסי ולדידי בפ' מ"ש ובערכין בדאמר כל נכסי וכן מתני' דהמקדיש נכסיו מעלין לו תפילין מיירי בדאמר כל נכסי :

סימן רכ"ג

א' דין א' ואם הלוקח מוחזק על המוכר להביא ראייה ול"ע אם הולד ברשו' הלוקח והמוכר טוען ודאי ברשותי ילדה ולוקח שמא ברשותי ילדה מי אמרינן הממע"ה דכיון דמשכה לוקח נפקא לה מחזקת מוכר לגמרי אפילו הפרה כ"ש הולד דהא לא הוחזק בו המוכר מעולם א"ד כיון דלא היה בחזקת הלוקח עד השתא נשבע המוכר דברשותו ילדה הרמ"ך בש"מ בפ' הבולא אבל התוספות שם בד"ה וליחזי וכולי כתבו וז"ל אבל אם היה טוען שמא שהיה מוחזק בודאי מתחילה קודם מכירה כשהיה פרה מעוברת וכולי ע"ש נראה דס"ל דאם הוא ברשות הלוקח והוא טוען שמא אין חזקתו כלום אבל אם הוא ברשות מוכר אפי' טוען שמא והלוקח (א"ה עכ"מ) :

סימן רכ"ו

א' דין א' אם רצה ראובן לעשות דין וכו' ואם הבעל חוב חייב שבועה והיה חשוד על השבוע' דמן הדין ישבע שכנגדו כיון דתקנתא היא והא דאם רצה ראובן לעשות דין עמו תקנת' היא ותקנת' להתקנתא לא עבדינן כ"כ בספר א"ז לקמא דף ח' ע"ב בשם גליון עיין שם :

ב' אם רצה וכו' ואפשר שהדין כן אף שכבר טרפה ב"ח של ראובן שיכול ראובן זה לתבוע בדין על מה שטרפו שלא כדין ה' המאירי בספר א"ז לקמא עיין שם וכן ל' הרמב"ם והוליאה וכו' משמע אפילו כבר טרפה :

ג' אם רצה ראובן וכולי אבל אין הלוקח יכול לכופו וכן כתב הריטב"א בחי' פ"ק דמליעא דהכ"ג דינא הוא אי אזיל ראובן וכו' אבל לא גרסי' דינא הוא עליה דראובן וכו' דאם כן הוה משמע דחייב ראו' לעשו' כן וז"ז אינו וכו' וכ"כ הר"ן והנ"י שם וכן פסק הרדב"ז ח"ב סימן תקמ"ח מיהו אם עדיין לא נתן המעות ובא בעל חוב של ראובן לטרוף יכול שמעון לעכב המעו' עד שיתברר אם יטרוף אותה או לא ועל ראובן מוטל לעשו' דין עם שמעון אם רוצה ליקח מעות עש"ב :

ד' אם רצה ראובן וכו' ראובן שמכר שדה לשמ' שלא באחריות וכו' שאנ"ל בפירוש שלא באחריות אני מוכר לך דינא הוא דפלי ליה אם רוצה וכו' נרא"ל דפילוי זה של ראובן אינו כי אם שאומר לבעל חו' הילך חובך דמשתנ' הקונה שלא באחריו' קונה בזול שאם יצא בה מערער שילהו נשלו וכשבא בעל חו' על שמ' ורצה שמעון לסלקו בזוזי ולא רצה בעל חו' וקסבר אביי אי אית ליה זוזי ללוקח לא מצי מסלק ליה אבל ראובן שהוא בעל חובו מצי מסלק ליה אם רוצה וכו' כן כתב הרא"ן בספרו דף פ"ה ע"א עיין שם :

סימן רכ"ז

א' דין א' ונקנה המקח וכו' התוספות הכריחו בשם ר"ת דרבא סביר' ליה כר"י דיד המתאנה על העליונה אם רצה ומהרש"ך ח"ב סי' קס"ז כ' בפשיטות דלפיר"ת בפחות משתות נמי לא הוי מחילה לאלתר אלא עד שיראה לתגר עיין שם וא"כ כן אלא גם ר"ת מודה בפחות משתות דהוי מחילה לאלתר כמו שכתבו התוספו' שכן מוכח מההוא גבר' וכו' וזה לשון הסמ"ג לאוין ק"ע ואמר רבא פחות משתות נקנה מחילה לאלתר כדמוכח שם גבי מכירת וורשכי וכו' שתות קנה ומחזיר אונא' פי' ר' יעקב שהוא רצה קנה פי' שתות ויתר משתות בכדי שיראה לתגר וכולי עיין שם הרי דסביר"ל כר"ת דשתות רצה וכו' ופחות משתות הוי מחילה לאלתר וכ"כ תלמידי הר"ף בשיטה מקובלת שם וכן מבואר בשאלתות פ' בהר סיני ובה"ג דף ל"ד עיין שם ועיין בספר קרית מלך רב דף קל"ז ע"ג שכתב דאם נתאנה הלוקח ומשך ולא נתן מעות יכול לומר קי"ל כר"ת דגם התוספות נראה דס"ל כן והוא הדין במוכר וכבר כתבתי שכן דעת השאלתות ובה"ג והסמ"ג ותלמידי הר"ף ובודאי יכול המוחזק לומר קי"ל כוותיהו :

ב' דין ב' ולהחזירה כולה למתנה וכולי ולא אמרינן כיון דפחות משתות הוי מחילה אין צריך להחזיר אלא הפרוטה המשלמת לשתות קמשמע לן דדינו כבית כור אני מוכר לך וכו' בסימן רי"ח וכן נמי דומה לזה בסי' רכ"ט הסמ"ע ובהדיא אמרינן הכי בבתרא דף ל"ה גבי אונאה דצריך להחזיר הכל עיין שם הטעם ודסי' רכ"ט לא דמי להכא דהתם קנסא הוא דקנסו אותו משו' חשד שערבם בידים כמבואר שם עיין שם בב"י והרדב"ז בחלק ב' סי' תל"ת למד מזו דאם מתלו זה לזה אונאת שתות ומלא במכר אונאה יותר משתות הוי ביטול מקח וחוזר ודמי נמי להא דאם בא לנפות מנפה את כולם

הרי

הרי דשיעור הוי מחילה ואם נמלא יותר לא מחל כלל והכא נמי שתות מחל יותר משתות לא מחל כלל עיי"ש ודבריו תמוהים דהתם קנסא הוא ולא ילפינן מניה כמו שכתב הר"ן בשם ר"ת הביאו מרן הב"י סימן רכ"ט עיין שם ובגמרא פרכינן עליה מאונאה דצריך להחזיר הכל מדינא ומשני התם מעיקרא שוה בשוה א"ל מיהו פחות משתות לא ידיע כמה ומחל ושתות ידיע ולא מחל ע"ש ברשב"ם ואם כן דאם מחלו שתות זה לזה כיון דידיע ונמצא אונאה יותר משתות נראה דאינו מחזיר לו אלא היותר על שתות דשתות ידוע הוא וכבר מחלו בפי' ואפ' דאפילו היתר אין צריך כיון שמחל את השתות ליכ' אונא' אלא פחות משתות דלא ידיע והוי מחילה ול"ע :

ג' כתב הרמ"ה בפ' הספינה סי' ל"ב דהיינו דוקא היכא דליכא מקח טעות בתנאי אבל הכא דאיכא מקח טעות בתנאי דאתני בהדיא דמזבין ליה מאי דשוה כך וכך ואשתכח דשוה פחות מכאן אי יתר מכאן מודה רבא דמקח טעות הוא מ"ד אכולהו תנאי דעלמא והני מילי בשתות ואין צריך לומר ביותר משתות אבל בפחות משתות אף על גב דא"ל שוה ח' ואשתכח דלא שוו אלא ז' לא מקח טעות הוי ולא אונאה הוי מ"ט כיון דקיימא לן דפחות משתות מחילה הוי שוה בשוה הוא עיין שם :

ד' כתב ר' האי בתשו' הגאונים ח"ב שער ו' סי' י"ט וז"ל ושאלתם ראו' קנה משמ' מטלט' בחמשים זוז ואחר כך נודע למוכר שאותו החפץ היה שוה מאה זוזי בא ושאל לאחד מן החכמים והודיעו בטל המק' ושהלוקח חייב להחזיר מה שלקח א"ל אחד מאותם שהיו שם כבר נאמר לך שבטל המקח וא"ל אדם אחר למכו' לו במאה זוזים א"ל הרי הוא מכור לך קנו מידו וכולי וכששמע ראובן הלך לשמעון ופייסו עד שנתרצה עמו בא לוקח שני ותבע וכולי ואמר המוכר אני מחלתי לראובן הלוקח מה שאינא אותי אמר לוקח שני אין לך דבר שתוכל למחול עכשיו שאותו המקח הוא שלי וכו' כך ראינו כי אין מן הדין להוציא אותו מטלטלין מיד ראובן ויכול הוא המוכר למחול לו מה שמכר ללוקח שני ואין משגיחין לדברי האומר אין לך דבר שתוכל למחול עכשיו וזה דומה לאש' אמרו אמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול וכו' עכ"ל ונראה דסב"ל דאפילו מכר בקנין סודר דקנה מדאורייתא יכול למחול וכבר כתבתי בסי' ס"ו דרוב הפוסקים סבירא להו דמכירת שטרות מדרבנן ולכך יכו' למחול אבל מכר מטלטלין בקנין אינו יכול למחול עיי"ש באורך ומהר"י ן' מיגש בתשובות סי' קל"ז באחד שקנה קרקע והקדישו לעניים ואחר כך נתברר שיש בו מומין שלא היה יודע בהם הלוקח ובאו לבית דין וחייבו בית דין לבטל המקח ואח"ך נתפשר הלוקח עם המוכר לקיים המקח ומחל הממון פסק כיון שחייבו הבית דין לבטל המק' איגלאי מילתא למפרע שהמקח היה בטל מעיקרו והוי מקדיש דבר שאינו שלו ומה שנתפשר עמו אחר כך ומחל המומין כאלו היא קנייה חדשה ומבואר שם דאם לא בא לבית דין ובטלו המקח אף על פי שטען כן חוץ לבית דין אין משגיחין בו דעביד איניש דמדכר מילי דכדי חוץ לבית דין עיין שם :

ה' דין ה' היתה פרוטה וכו' רש"י כתב אין אונאה לפרוטות בפחות מאיסר וכו' וכתב בש"מ דהרא"ה ס"ל דבעי' שתהא האונאה כאיסר וא"כ כן דעת רש"י אלא שיהא המקח כאיסר וכן נראה מל' אין אונאה לפרוטות וכולי ע"ש וכן לשון רש"י דף כ"ו ע"ב לפרוטו' שהם מוכר שטרות לבשם אין שם המקח של איסר ביחד אלא של פרוטות עיין שם אלמא אם המקח כאיסר סגי והטור ברמזי' כ' רב אלפס פסק דאין אונאה במקח של פרוטות עד שיהא במקח מעה כסף וכן כתב ר' ירוחם נתיב ט' ח"ג עיין שם משמע דלא בע"י אונאה מעה אלא סגי במקח אבל מדברי הרא"ש שכ' וז"ל והא דקתני לעיל פחתה מכאן איסר וכולי אסלע קאי וד' איסרות הם מעה כסף עיין שם נר' דס"ל דלדעת רש"י בענין אונאה כאיסר ולדידיה בעי אונאה מעה וכן לשון הטור ובלבד שאינהו במעה וכולי עיין שם :

ו' הג"ה וי"א דחייב להחזיר פרוטה וכולי זה דעת הרמ"ה וכן פסק בה"ג דף ל"ד ע"ב כלוי דיש אונאה לפרוטות עיין שם :

ז' שותפים שמכרו לא' ואינהו או שהיה מקח טעו' שחייבים להחזיר ואין לא' מהם לשלם נר' שזה תלוי במחלוקת שכ' הטור בסימן ק"י וז"ל כ' הרמ"ה דה"ה ב' שהזיקו ושניהם בני חיובא אלא שהא' ברח או שהוא כאן ואין לו לשלם משתלם מן האחר וכו' ואין נראה דלא מחייב ר' נתן היכא דליכא לאשתלומי מאידך אלא היכא שפטור מדינא וכו' אבל אם שותפו בר תשלומין אלא שאין לו לשלם למה יפרע הוא בשבילו וכן כתב הר' חזקיה ע"ש ומרן שם סל"ה כ' יש מי שאומר וכולי ויש חולקין דכיון דחבירו מדינא בר תשלומין אלא שאין לו מה לשלם למה זה יפרע בשבילו עיין שם וכיון דפלוגתא הממע"ה וכ"ש דקי"ל כי"א בתרא וכן הסכים מהרש"ל בפ' הפרה סימן מ' ע"ש וכן דעת התוס' בר"פ הפרה בד"ה מ"ט וכו' שכ' וז"ל אך משמעתין יש להוכיח כי ליתא לפרה להשתלם משלם מן הולד ואם לאו יכך אנו למה משתלם מן הולד חלקו וחלק הפרה אטו ב' שוורים תמים שהזיקו אם נאבד א' מהם מי משלם חלקו וחלק חבירו ע"ש הרי שכ' דב' שוורים שהזיקו ונאבד א' מהם אינו משתלם מאידך אלא כשהוא פטור מדינא ומהרש"ל בפ' הפרה סימן מ"א כ' תשובה לגאון ישראל וגוי היו שותפים בעיסקא ועשו סחורה עם יהודי א' ואינהו וכו' ואע"ג דליכא לאשתלומי מגוי משתלם מישראל בר"ג ול"ע מ"ש מה שהעני או ברח דכתבנו לעיל דפטור השני ולא אמרינן מאי דליכא לאשתלומי וכו' לפי שהוא בר תשלומין ה"נ גבי גוי אף דליכא לאשתלומי מניה סוף סוף הוא בר חיובא להחזי' האונאה רק שהוא אלם או שאין בדיניה' נותן להחזיר האונאה אם כן מ"ש מברח או העני וכולי ונראה טעמא דשפיר חשיב ליכא לאשתלומי וכולי לפי שבדיניהם אין דנין כלל על כתם אונאה ולא אפשר כלל לאשתלומי מניה ול"ד לברח או העני דאפשר שיתעשר או ימלא כדי ידו עיין שם ונראה דאע"ג דא"ל דהגאון ס"ל כדעת מהר"ס והרמ"ה דאפילו בר חיובא כשברח או העני משלם חבירו הכל מ"מ נראה דהי' מסתבר הוא דברח או העני בר תשלומין הוא כשיבא או יתעשר אבל גוי אע"ג דבדינינו חייב להחזיר האונאה כיון דבדיניה' פטור לאו בר תשלומין אבל אם בדיניהם חייב אלא שהוא אלם ואין יכול לשלם ממנו מיקרי בר תשלומין משום דמלויים בעלי זרוע ליפול וכה"ג קי"ל בסימן קי"א גבי לקוחות שהניחו ביד הלוה בני חורין דאם גזלן אנס או מכרם לגוי אלם שאינו יכול להוציאה מידו אינו טורף ממשעבדי מה"ט דמלויים בעלי זרוע ליפול וסוף שיגבה חובו אבל אם אינו יכול לגבות ממנו בדיניהם הוי כנתקלקלו וטורף מלקוחות ע"ש ומה שהק' ה' פרח מטה אהרן ח"ב י"ב על רש"ל דה"נ דאפשר להשתלם מן הגוי אי ליית לדינא ובא

ובא לדון לפנינו ע"ש לק"מ דסתם גוי גזלן הוא וכ"ש אם בדיניהם פטור לא ליית לדינינו לחייב עצמו ואפילו ישראל מומר כיון שאינם יכולים להוציאו ממנו בדיניהם כתב הרא"ש בתשובות ופסקו מור"ם בסימן ק"א דהוי כנתקלקלו וכ"ש גוי גמור דלא ליית לדינא ונראה דה"ה שני שותפין שאינהו לישראל ומכר א' מהם כיון דבדיני א"ה אינו יכול להוציא האונאה מידו חייב שותפו בכל אבל ב' שותפין ישראל שברח א' מהם או אין לו מה לשלם אין חבירו חייב להחזיר רק חלקו כדעת הטור והר' חזקיה בסימן ק"י בב' שהזיקו וברח א' כיון דשניה' חייבים מדינא ובר השלומין הוא אלא שאין לו מה לשלם למה יפרע זה בשבילו וכן הסכימו האחרונים כמ"ש ה' הלכה למשה ח"א דף קי"ב ע"ש :

ח' דין ז' ולא לתבוע אונאתו וכו' כתב הש"ך משמע שכבר נתן המעות וכן כתב הג"א דאם לא נתן המעות מגו שיכול לומר נתתי יכול לומר לא נתרציתי ע"ב ולפ"ז אם התנה עמו אל תפרעני אלא בעדים אינו נאמן דאע"ג דאם טען פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו להם למ"ה או מתו נאמן בשבועת היסת מ"מ אינו נאמן בטענה אחרת במגו דפרעתיך בפני פ' ופ' כמ"ש בסי' ע' ע"ש הטעם ואם כן אפי' לא נתן המעות אינו נאמן לו' לא נתרציתי במגו דנתתי בפני פ' ופ' והלכו למ"ה ונראה דאע"ג דלא אמרינן מגו ממזון לממון הכא אמרי' וז"ל הר"ש פעמים אמרינן מגו ממזון לממון כי הא דאמרינן מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע פי' ליהמניה במגו דכופר הכל דהוי ממזון לממון והטעם מפני שאינו תובע ממון רק להציל אותו מלפרוע כל תביעת חבירו והביאו הש"ך בדיני מגו אות י"ג ע"ש וה"נ אם לא נתן מעות נאמן לעכב מקצת אונאתו במגו דנתתי כל המעות מיהו נראה דאפילו ליכא מיגו כגון שהתנה עמו אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' או שקבע זמן למעות בעדים דחזקה לא פרע בתוך זמנו אפ"ה כל שלא נתן המעות נאמן כמ"ש התוס' בכתובות דנ"ח ע"א בד"ה הנהו וכו' וז"ל והר' אליהו היה מקיים פ"ה דהיכא דקיבל המוכר מעות אמרינן מדלא בדק הלוקח קודם נתינת המעות הני מומין דאית להו קלא אם כן סבר וקיבל והא דאומר לו הרי שלך לפניך איירי קודם שנתן הלוקח מעות וקלא משמע כן בפ' המוכר פירות וכולי ע"ש במהרש"א ובא"ז שם תי' בשם תוספי הרא"ש דע"כ איירי דאפילו המעות ביד הלוקח וכו' ובא"ז לבתרא שם כ' אבל מ"ם רבי' שמשון דמשמע ליה בכל ענין אפילו מעות ביד הלוקח לא נראה דמנ"ל לתלמוד להק' לשמואל דהא המוכר שור איירי דהמעות ביד המוכר. וה"נ נימא דמיירי הכי בשם רבי' מאיר ע"ש ולדברי ר' אליהו ניחא דע"כ סיפא דקתני אומר לו שלך לפניך איירי שהמעות ביד הלוקח דאם נתן המעות ודאי סבר וקבל דומיא דהכי רישא אפי' לא נתן המעות (א"ה עכ"מ) :

ט' דין ד' המחליף כלים בכלים וכו' כתב הרדב"ז דה"ד בבעלי בתים המחליפי' לצורך תשמישי הבית אבל לסחורה יש בהם אונאה אבל מהרשד"ם ושאר אחרונים ס"ל דאפי' לסחורה אין בהם אונאה ועיין בס' חיים שאל ח"א סימן ע"ד אות ל"ד ומהר"י ן' מיגש בתשובות הובא בש"מ למציעא כ' וז"ל מי שהחליף עם חבירו סחורה בסחורה מבלתי שישומו אותם בדמים אין וכו' ע"ש משמע דאם שמו אותם יש בהם אונאה וכו' דס"ל כדעת הרמב"ן (א"ה עכ"מ) :

יו"ד דין כ"ט והשטרות וכולי כתב הרב כנסת הגדולה אות ס"ב הא דשטרות אין להם אונאה דוקא שטרות שאין גופן מכור וקנוי ואין עומדים אלא לראייה בעלמא אבל אם מכרם לבשם לצור בהם אבקת סממני' יש להם אונאה מרן בב"י סימן ס"ו ע"ש וברייתא היא בפרק הזהב והביאה מרן בב"י שם לפרש מ"ש הטור המוכר שט"ח לגבותו וכולי לאפוקי מכרו לבשם דיש לו אונאה וכן כתב הרמ"ה בפ' המוכר את הספינה סימן כ"ז דהכי קי"ל ע"ש וז"ל רב האי בס' המקח שער ל"ה וילא נמי מן הכלל מי שמוכר שטר חובותיו שיש לו על אחרים וכו' אבל היכא שקונה את השטרות לצורך גוף השטרות ממש כגון שצריך להם מפני שהוא בשם או הדומה לו הרי יש עליו דין האונאה כדגרסי' וכו' מכאן אמרו המוכר שטרותיו לבשם יש להם אונאה מאי קמ"ל לאפוקי מדרב כהנא דאמר אין אונאה לפרוטות עיין שם וכן כתב בס' משפטי שבועות שער ה' עיין שם מיהו נראה דס"ל דהלכה כלוי דיש אונאה לפרוטות וכן פסק בה"ג דל"ד ע"ב עיין שם וכן הטור אזיל לטעמיה שכ' בסימן זה בשם הרמ"ה דאפי' פרוטה נמי חייב להחזיר והכי מסתבר לא"א הרא"ש ע"ש אבל לפי מה שפסק הרי"ף דאין אונאה לפרוטות ה"נ המוכר שטרות לבשם אין לו אונאה דאינו אלא פרוטות כמבואר בגמר' וכ"כ ר' ירוחם נתיב ע' ח"ג עיין שם ומה"ט כתב הרמב"ם סתם דאין אונאה לשטרות ואפילו מוכר לבשם משמע למאי דקי"ל דאין אונאה לפרוטות וכן כתב רבי' האי בתשו' הגאוני' ח"ב שער א' סימן כ"ג מי שקנה ספרים מחבירו וטען שיש בהם אונאה צריך לראות מה שוה הקלף והכתיב' ואם יש בהם אונאה בשתות הרי הקונה חייב להחזיר לו אונאה ואם האונאה מפני החכמות שבהם אין הקונה חייב להחזיר כלום ואין שם דין אונאה כלל לפי שהם כדין השטרות שאין בהם אונאה שאין דרך בני האדם לקנותם מפני עצמם אלא משום ראייה שבהם והרי הם כדין מה שאין גופו מכור ואין גופו קנוי עכ"ל וציין בתשובות הרשב"ש סס"י הק"ג :

י"א והקדשות וכו' והוא הדין מעות לדקה מהר"א ן' טווה סימן ל"ד עיין שם אבל הטור השמיט הקדשות וכתבו האחרונים דסביר"ל דהיימ' דוקא הקדש ב"ה אבל הקדש עניים דינו כהדיוט עיין שם ולענין שבועה דקתני אין נשבעים עליהם היינו דוק' הקד' לגבוה אבל הקדש עניים או לב"ה או לס"ת דינו כהדיוט כמו שכתב הטור ומרן בסי' ל"ה עיין שם וכ"כ הרשב"ץ ח"ב סימן קע"א עיין שם והכא נמי לענין אונאה וכ"כ בש"מ במשנה וז"ל וההקדשות דקתני במתני' היינו דגבוה דאלו הקדש לעניים הרי הוא כשאר ממון של בני אדם לאונאה ולכל דברי משנתי' הריטב"א עיין שם ותוס' דף כ"ז בד"ה האומר וכו' הוכיחו דמדרבנן צריך להוסיף דמי' להקדש אפילו בשיעור אונאה עיין שם ועיין בב"י סימן ש"א שכת' משום דהקדש גמור לא שכיח השמיטו רבינו עיין שם :

וראיתי להרדב"ז ח"ב סי' תצ"ה בראובן שהפקידו אצלו ספר תורה ופשע בו שכתב דזה מחלוקת בין הראשונים בהא דתנן אלו דברים שאין להם אונאה העבדי' והשטרות וההקדשות וכולי ס"ת אינו נשבע שדעת רש"י דמשבועה הוא דפטור אבל אם פשע בודאי חייב לשלם וכן פסק הרמב"ם משום דפושע ומזיק הוא אבל דעת רוב הפוסקים דפטור אף מפשיעה ודין ההקדשות שוה לקרקעו' ואם כן אף על גב דהרמב"ם מחייב ואתריה דמר הוא מכל מקום כיון שהוא תפוס אין מוציאין ממנו נגד כל הני רבוותא

רבוותא עיין שם וזה סותר מ"ש בתשו' חלק ראשון סי' קי"ז דעל כרחך לא קאמר מהריק"ו דמלי למי' קי"ל כפ' להחזיק הממון בידו אלא היכא דלא קבלו עליהם לדון כפ' פוסק אבל היכא דנהגו לפסוק כהרמב"ם כי אתרין לא וכ"כ בחלק שני סימן תקמ"ז עיין שם וכת' הרב כנה"ג בסי' כ"ה הגב"י אות ל' דהסברא נוטה דאפילו כשהוא יחיד בסברתו לא מלי למימר קי"ל כנגדו כיון דמטעם קבלה נגעו בה עיין שם וכל שכן בנדון דידן דגם רש"י והרמ"ה סבי"ל כהרמב"ם דחייב בפשיעה דודאי באתריה דמר מוציאין מיד המוחזק ועוד שהרי כ' הרמב"ם בפר' שני מהלכות שאלה וז"ל שאל מן השותפין ונשאל לו א' מהם וכו' הרי זה ספק אם היא שאלה בבעלים אם אינ' וכו' פשע בה הרי זה משלם וכ' המ"מ אע"פ שפשיעה בבעלים פטור ובדין זה הדבר ספק אם הוא בבעלי' אם לאו דעתו שהפישע הוא כמזיק וכיון שהוא כמזיק ואין שם ראייה לפוטרו חייב לשלם עיין שם אלמא גבי פוש' שהוא כמזיק מוציאין ממנו מספק ואם כן ה"נ דמספקא ליה אם חייב בפשיעה אם לא מוציאין מידו מספק ואפ' לחלק בין ספקא לתיקו לספקא דפלוגתא דרבוותא וכהאי גוונא חילק הרב פרת מטה אהרן ח"א סימן כ"ו וחלק שני סימן י"ב עיין שם באורך אבל ראיתי לה' בתשוב' אחרת סימן תקפ"ת שכתב גבי הניח להם אביהם פרה שאולה דאם פשעו בה חייבים דיש לסמוך אהרמב"ם ותוס' אפילו להוציא ממון עיין שם מיהו מרן הב"י בסימן ל"ה וסימן ש"א פסק דלא כהרמב"ם משום שהרי"ף והרא"ש מסכימים לדעת א' כמו שכתב בהקדמתו דשלשה עמודי ההוראה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש במקום ששנים מהם מסכימים לדעת אחת הלכה כמותם וכל שכן בנ"ד שנלוו אליהם הר"י הלוי והראב"ד והרמב"ן והרשב"א והר"ן עיין שם ועוד תמהני על הרדב"ז שהרי כתב הטור בסוף סי' ל"ה בשם הר' ישעיה דמה שמקדישים בזה הזמן לבה"כ מעות או ספר תורה וכו' דינו כשאר נכסי הדיוט לענין שבועה עיין שם והוא הדין לענין פשיעה דחייב ודוקא הופקדו אתו מעות של עניים הוי כשאר ההקדש ופטור מטעם דלשמור ולא לחלק לעניים כמבואר בטור סי' ש"א עיין שם בבית יוסף וכן הוכיח הרשב"ץ חלק שני סימן קנ"א עיין שם ועיין מה שכתב מהרא"ד בס' לחם רב סי' תפ"ז והרב כנסת הגדולה בסי' ש"א אות ך' :

י"ב הג"ה אבל יותר מפלגא וכולי הסמ"ע תמה דהרא"ש והטור כתבו בשם ר"ת דדוקא עד פלגא אין בו אונאה אבל פלגא גופיה יש בו אונא' ולשון התוספות בקמא ובפרק הזהב לאו דוקא הוא וכ"כ הב"ח עיין שם וכן כתב מהרשד"ם סי' שע"ו ומהריב"ל ח"א סי' ק"ז ומהרש"ך סי' ל"ז ומהר"ם מלובלין סי' ה' ומהראנ"ח סי' ס"ע עיין שם וכן התוספות בכתובות ד' נ"ח בד"ה אלמנה וכו' סבירא להו הכי עיין שם וזה ל' הסמ"ג לאוין ק"ע אמנם גרסינן בירושלמי וכולי אם כן סובר ר' יוחנן שוה מאתים במנה שיש להם ביטול מקח וכן אר"כ וכו' ומ"ש בפרק המקבל מאה במאתן לאו דוק' אלא מעט פחות כפיר' ר"ח ור"ת עיין שם הרי בהדיא דשוה מאתים במנה הוי ביטול מקח וכן כ' בשיטה מקו' לקמא די"ד וז"ל קרקע שאין לו אונאה אחרוני' הרבנים פי' אין לו אונאה שתות אבל אונאת מחלה יש להם והוא שאמרו בירושלמי יש להם אונאה בדבר מופלג ופירש בו מלשון פלג ואין נר' כן שהרי סתם אמרו אין להם אונא' ולדבריהם לא נשמע בעל התלמוד מלהזכירו הר' המאירי עכ"ל אבל הר"א ממיץ בספר יראים סי' רנ"ט כ' וז"ל פירו' ביטול מקח יותר מפלגא כגון שוה שלש בשבע או שבע בשלש אבל פחות לא מבטל המקח וראייה שהרי מפרש הכי בפרק המקבל דאמר ר"כ גופיה זבן במאתן ושויא מאה אין אונאה לקרקעות והתי"ט בפי"א דכתובות משנה ה' שוה מנה במאתים וכו' וכ' בכ"מ וז"ל ואפשר שזה כדעת הסוברים דהא דבקרקעות אין להם אונאה דהיינו עד מחלה דוקא עכ"ל וכולי ומוכח נמי שסברת הרמב"ן דלמאי דאמרינן דיש אונאה לקרקעות שזהו דוקא ביותר מפלגא ובאמת דפשטא דמתני' הכי משמע מדנקט מנה במאתים וכולי אלא דק"ל דאי הכי ריפא דמתניתין דלעיל מכרה שוה מנה במאתים וכו' דנתקבלה כתובתה שמפרש בירושלמי בהוקר והוזל והיינו משום דקשיא שיחזו' המקח ומאי קשה ליה כלל הא ליכא חזרה בפלג אלא ודאי דסבר ליה להירושלמי דבפלג איכא אונאה לקרקעו' וכן הוא בטור ח"מ ס' רכ"ז דבמחלה הוי אונאה לקרקעו' ומיהו התוספות בפרק שני דקידושין דף מ"ב עמוד שני נסתפק' בזה אי אמרינן במחלה הוי אונאה או דוק' ביות' ממחלה ומאי דמספקא ליה בקידושין פשיטא להו בפ"ק דב"ק דף י"ד ע"ב שכתבו דיתר מפלגא יש להם אונאה ויש כסברת הרמב"ן ולכך נראה בעיני דאף הירושלמי סבר ליה דוקא ביתר מפלגא וכפשטא מהך דמתני' דמסתמא בדוקא דמתני' והא דמקשה אמתני' דלעיל ויחזור המקח היינו משום דסבי"ל דלאו בדוקא נקטינן מתנה במאתים וכו' אלא הוא הדין נמי בפחות ויתר וכו' עיין שם באורך ועיין בהר"ן בכתובות שכתב בשם הרמב"ן דמנה במאתים נמי דוקא והביאו מרן הב"י בא"ה סי' ק"ד עיין שם ואם כן ניחא לדעת הרא"ש דר"י אינו חולק על ר"ן אבל אמ' לי בני הי"ו שנעלם מהתי"ט דברי הרמב"ן במלחמות בפ' הזהב שהכריח מהירושלמי דאי יש בו אונאה ובעל המאו' שכ' דוקא ביותר איכא אונאה לא ראה הירושלמי במקומו עיין שם באורך ואם כן קשה על הרמב"ן דלכאורה סות' דברי עצמו וכן הטור בא"ה שם כת' בשם הרא"ש דאם טעו אף בכפל המקח קיים וכ' הבית יוסף שהוא כדברי הרמב"ן עיין שם ואלו הכא סבי' ליה דאי יש בו אונא' וצריך לחלק בין מכירת בית דין למכירת ב"ה וכן כתב בשיטה מקובלת למציעא וז"ל ומיהו ע"ד פלגא דגבי שום הדיינים בפרק אלמנה ניזונת וכו' היינו פלגא ופלגא בכלל כדקתני בברייתא וכו' ודבר תימא הוא וכו' עיין שם ושוב ראיתי לבעל העיטור בדיני מכירה דף ק' שכ' וזה לשונו ש"מ אפילו ביטול מקח אין להם ומסתמא ביטול מקח נמי אין להם בכדי דמיהם אבל יותר מכדי דמיהם כזבין שוה מאה במאתים וחד יש להם וכו' והא דגרסינן בירושלמי דכתובות מכרה שוה מנה במאתים וכולי ופר"ק כשהוא הוקר המקח אליבא דמ"ד ביטול המקח יש להם ורבנן פליגי עליה ואמרינן הכא מסייע לר"ל וכו' ואמר ר' יוחנן אם היה דבר מופלג יש לו אונאה כלומר יותר מכדי דמיה' והילכך עד כדי דמיהם אין להם אונאה בין למוכר בין ללוקח והרי הוא כפחות משתות למטלטלין ויותר מכן הו' ביטול מקח ולוקח חוזר בכדי שיראה לתגר או לקרובו ומוכר לעולם חוזר והכי פסק ר"ח עיין שם מבואר דס"ל דביותר מכדי דמיהם הוא דיש אונאה ודבר מופלג דאמרי' בירושלמי נמי היינו יותר מכדי דמיהם והא דמוקי מתני' בהוקר המקח אליבא דמאן דאמר בטול מקח יש להם סבירא ליה דביותר משתות נמי המקח בטל וא"כ אפש' שכן דעת הר"א ממיץ ובעל המאור ודלא כהרמב"ן שכ' דלא ראה הירושלמי ויפה כתב רמ"א דביותר דוקא יש להם אונאה כדברי הרא"ש והרז"ה ובעל העיטור וכ"נ מדברי התוס'

התוס' דקמא ודפרק הזהב וכן כתב הרדב"ז ח"ב סימן ש"ב עיין שם ועיין במהרש"ל שכתב דהא דקיימ"ל דמוכ' חוזר לעולם היינו דוקא במטלטלין ולא בקרקעו' וכן הסכי' ה' עצמו' יוסף בפרק הא"נ וכן הסכי' מהרא"ב סי' כ"א ע"ש ונמשכו אחריו האחרוני' הביא' הכנה"ג אות ט"ו ע"ש וכ"כ מהרח"ש חלק א' סי' כ"ג ומהר"ש ן' יעיש בס' פני משה חלק א' סימן ל' עיין שם ונעלם מכולם דברי בעל העיטור שכ' בהדיא דמוכר חוזר לעולם כמ"ש וכן מצאתי בתשו' הגאונים שער ב' סי' י"ב עיין שם ועיין בתשו' הרב כנסת הגדולה סימן קכ"ג ונראה דסביר' ליה לבעל העיטור דהא דר' אמי דאמר אונאה אין להם בטול מק' יש להם סבירא ליה דיותר משתות בטול מקח וכן כתב ראב"ן דף קל"ה וזה לשונו שתות קנה ומחזיר אונא' אם חלקו מטלטלין אבל קרקע אין אונאה לקרקעות אבל בטול מקח דיותר על שתות יש להם וכו' עיין שם וכן גירס' רש"י בפרק הא"נ עיין שם בתוספות מיהו ראב"ן דל"ו עמוד ב' כתב וז"ל ומיהו ר"נ חלק ואמר אין להם בטול מקח דגרסינן בפרק המקבל זבן במאתן ושוית מאה וכו' הכי אמרינן נהרדעי משמיה דר"נ אין אונאה לקרקעות והכא בטול מקח איכא דהא על חד תרין הוא דקאמר אין אונאה ובקידושין בפ' הא"נ אמרינן והא דאמר ר"נ יותר משתות בטל מקח לא אמרינן אלא במטלטלין אבל בקרקעות אין אונאה כל עיקר ויש מן הגאונים שפסקו כר"י ודחו דלר"נ אצל לוקח ובר מצר דהתם אמר ר"נ ולא בדינא אחריתי ולא מסתבר דהא בקידושין נמי אמרי' לגבי אחים שחלקו וכו' ומסתבר דכר"נ עבדינן חדא דהו' בתרא' ועוד וכו' עיין שם באורך הרי דראב"ן הכא גורס בפרק הא"נ הא יותר משתות בטל המקח דוקא במטל' אבל בקרקעות אין אונאה וכו' דרש"י בפ' הא"נ דגרי' בדברי רבא שתות קנה ומחזיר אונאה לא אמרן אלא במטלטלי אבל בקרקעות אין אונאה דמשמע דביות' משתו' בטל המקח סבירא ליה דר' אמי דאמר ר"נ גופיה משמו בפרק הזהב הכי ובפרק המקבל דאמר ר"נ אין אונאה לקרקעות כלל היינו דוקא בלוקח ובמ' כדעת קצת גאוני' שכתב ראב"ן אבל רב האי בספר המקח בשער ל"ה כ' וזה לשונו ותדע שאלו הממכרים המוצאים מכלל אונאה אפי' אם נמכרו פי שנים בשוויהם אין בהם תורת אונאה ולא יחזיר ולא כלום כדגרסינן לענין מצרנות וכולי אין אונאה לקרקעות רוצה לומר לא שנא שיש בו אונאה ולא שנא מה שיש בו בטול מקח דאין אונאה לקרקעות כלל מאחר על מי שלקח פי שנים בדמיו ואם יש להק' מדברי ר"ן על ר"ן דהא אמר ר"נ לענין בטל מקח אמר חסא פשיטא רב אמי אונאה אין להם בטול מקח יש להם יש לנו לתרץ ולומר דר"נ לדברי חסא ולדברי ר' אמי קא מפרש וליה לא סבירא ליה ואין לסמוך על הא דחסא אלא הדא שנאמר משמיה דר"נ עצמו וכולי עכ"ל :

י"ג כתב רש"ל בפי' לסמ"ג וז"ל ה"ה מכר בזול פחות מחצי אין לו אונאה לר"ת דדרך למכור בזול ע"ש וכן מבואר בדברי בעל העטור והרמב"ן עיין שם :

י"ד כתב רבי' ירוחם נתיב ט' וז"ל עבדי' ושטרות וקרקעות והקדשות וכו' אין להם אונאה וכו' אבל אם הפליג באונאה ביתר משתות או אם יהיה מאתים במאה מכרו קיים ואין בהם אונאה וה' עצמות יוסף מחק תיבת אבל ואם כן נראה דס"ל דבטול מקח לא הוי אלא ביותר ממאתי' במנה עיין שם וגר' להגיה אבל אם הפליג וכו' מקחו בטל ופסק כמ"ד אונאה אין להם בטול מקח יש להם :

ט"ו דין ל' אבל השליח וכו' עיין בתשו' הרי"ף סי' ק"ט שכת' דמה שפי' חפץ אליף דה"ד במה שקנה אדם עצמו אבל מה שקנה אדם ע"י שליח יש לו אונאה וכו' יפה אמר עיין שם וגמ' ערוכה היא בכתובות דף ל"ט עמוד שני עיין שם ולאו דוקא יש לו אונאה אלא אפילו בפחות משתות בטל המקח כדאמרינן בפרק הא"נ עיין שם ועיין בב"י סימן קפ"ג וכן כתב בהדיא רב האי בס' המקח שער ו' דשליח שטעה בכל שהו בטל המקח בין במטלטלי' בין במקרקעי עיין שם :

ט"ז אם אפטרופוס וכו' כ"כ הרמב"ם בפי"ג מהלכו' מכירה וז"ל שכן הדין באפטרופוס וכולי וז"ל ר' האי בספר המקח שער ו' הדרך ה"ה השליח שהוא שלוח מאדם שהוא בן דעת וכגון ששלחו או עשאו אפטרו' בעל הנכסים בעצמו שימכור לו מנכסיו כדגרסינן שלוחו של אדם כמותו וכו' עיין שם ולכאורה נראה דה"ד שליח בעל הנכסים אבל שליח בית דין או אפטרופוס שמינהו ב"ד דינו כב"ד עצמם דאם טעה בפחות משתות מכרן קיים אבל המ"מ כ' דאת"ל דהוא שליח אינו כשליח בית דין סברא הוא שאין כח אפטרופוס יפה מכח השליח וזה דעת הרמב"ן בפרק הא"נ עיין שם וכתב הלח"מ ר"ל את"ל דה"ד בשליח בעלמא אבל שליח ב"ד דהוי כב"ד יש לחלק בין שליח בית דין לאפטרופוס עי' שם הטעם וליתא שהרי כתבו התוספות בפרק אלמנה ניזונת בד"ה והא וכולי וז"ל אי לאו דפסק הלכה לק"מ מהא דאמר ר"נ שליח כאלמנה אפילו איירי בשליח דיינים דלא שייך בדידיה כל כך מה כח ב"ד יפה כמו באפטרופוס עכ"ל הרי דס"ל דאפטרו' עדיף משליח ב"ד ולא מסתבר לומר דהמ"מ סובר איפכא וז"ל הרמב"ן בחי' בפר' הא"נ הא קי"ל שליח כאלמנה אפי' בשליח דיינים ואפטרו' שמינהו בית דין נמי לא עדיף משליח דעלמא דהוייה ב"ד כיון שטעה עכ"ל הרי בהדיא דאפטרו' לא עדיף משליח ב"ד וכן כתב הריטב"א בחי' לשם לכ"כ דר"ל דאפי' אפטרו' לא עדיף משליח דעלמא וכל שכן שליח ב"ד :

י"ז ויש מי שאומר שדינו כשאר כל אדם וכולי זה דעת ר' יונה הביאו הרא"ש בפרק אלמנה ניזונת וכן דעת הרא"ש בתשו' הובא בס' בשמים ראש סימן כ"ז עיין שם :

י"ח דין ל"ב כך שכירות קרקע וכו' כ"כ הרמב"ם והטור כ' המרדכי וז"ל ראובן שטען על שמעון השכרתי לך בית בחצי זקוק לבנה והונאתני שזוה השכירות זקוק לבנה ולא הייתי יודע דין זה פסוק מדבעי רבי זירא שכירות יש לו אונאה או אין לו אונאה וכולי מכירה ליומיה היא אלמא יש אונאה בשכירות וכתב ה' כנסת הגדולה אות ע"ב דסביר' ליה שיש לקרקעו' אונא' במכירה עד פלגא כדעת ר"ח ור"ת אלא דק"ל נהי דבמכיר' יש אונאה עד פלגא אבל בשכירות אין אונאה כלל אפי' במטלטלין לזה הוכיח שיש אונאה לשכירות מטלטלין כמו במכירה והכא נמי בקרקעו' שיש אונאה במכיר' עד פלגא ה"ה בשכירות ואין ספק אצלי שזהו כוונתו דלא קטיל קני באגמא הוא עיין שם וכן ראיתי למהרח"ש ח"א סי' ס"ז שפי' כן עיין שם ואין נ"ל שהרי ראב"ן דל"ו כתב כדברי הרמ"ך ופסק שם הלכה כרב נחמן דאין אונאה לקרקעות כלל והובא גם בתשו' מהר"ש ב"ב סי' תשפ"ד עיין שם לכן נראה דס"ל דשכירות של קרקע ודאי דהוי כמטלטלין כיון דאין גופו קנוי אלא לדירה ומ"ש ר' ברוך ושמא י"ל דהא דקתני כשם שהקרקע נקנה בכסף ובשט'

כך

כך שכירות (א"ה עכ"מ) :

י"ט דין ל"ג הבוכר את חבירו וכולי בפועל ליכא מאן דפליג על הר"ש שאין לו הונא' הרשב"ש כימן קל"ט עיין שס ומדברי המ"מ משמע דיש חולקים אפי' בפועל עיין שס וכן מלאתי להרי"ף בתשו' סי' רע"ו שכת' דהנותן כלי לאומן וא"ל אס תעשה זה הכלי כדמות כו"ך אתן לך כו"ך נותן לו שכירותו ודוק' שלא יהא בו אונאה הרבה עיין שס ועיין בחי' הריטב"א ר"פ האומר שהוכיח בשס רבו מסו' דפועל אין לו אונא' :

ד' דין ל"ו הקבלן יש לו אונאה וכולי עיין בתשוב' הרי"ף דסבירא ליה הכי וכת' הרמב"ם הטעם גבי פועל מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם אונאה ומהרימ"ט סימן י"ט הק' דעבדים הוא דהוקשו לקרקעות עיין שס מה שתי' ועיין בהש"ך סס"י ל"ה שהוכיח דכל אדם הוקש לקרקעות עש"ב :

כ"א כתב הרשב"ש סי תקס"ו דמה שמכרו הקהל אין בו אונאה דלעולם אין חוזרין לא משום דבר שלא בא לעולם ולא משום אונאה עיין שס וכן מבואר בדברי הר"ן בפ' בני העיר עיין שס וכתב ה' פני משה חלק ראשון סי' ל"ג דאפי' מכרו ז' טובי העיר שלא מדעת כל הקהל אין בו אונאה עש"ב אבל דעת הרשב"ש שס דאס הגזברי' בלבד מכרוהו שלא במעמד הלבור יכולים הלבור לבטל מכירתס עיין שס ועיין שס סימן תקע"ג וכן מוכח מדברי הר"ן שכ' :

סימן ר"ל

א' דין ה' הג"ה אס א"ל למקפה כ"כ הטור וכ' מרן מסו' דאל"ה מלי א"ל מוכ' לא איבעי לך לשהויי כדאמרי' בגמ' אריסא ע"כ והכי איתא בהדיא אסיפא אמר רבא מתני' דקתני אס ידוע שיינו מחמיץ ה"ז מקח טעות אמאי לימא ליה לא איבעי לך לשהויי אלא ש"מ דאמר ליה למקפה עיין שס :

ב' דין ו' וגס לא לשתותו וכולי דרובא לאו לשהויי זבני' כ"כ רשב"ס עיין שס ולכאורה קר' למאי דקי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב הכא נמי אס עדיין המעות ביד הליקח אע"ג דהרוב לוקחים לשתיה ולא לשהויי אין הולכין אחר הרוב והמוליא מחבירו עליו הראיה כדלקמן סוף סימן רל"ב עיין שס :

ג' דין ט' וכן המקבל וכו' כתב הטור וז"ל וכ' הר' יונה אבל הלוקח יין מחבירו אף על פי שאמר דעתי להוליכה למקום פ' והוזל קודס שהגיע לשס המקח קייס וכו' אבל ר"ח כ' שאין חי' בין מוכר ללוקח וכן כתב הרמ"ה וכולי וכתב הרב כנסת הגדולה דר"ח סבירא ליה דבין מוכר בין לוקח אינו יכול לחזור דגילוי דעת במטלטלי' לא מהני כמ"ש הטור בסימן ר"ז ע"ש וליתא שהרי כתב המ"מ הביאו מרן הב"י וז"ל ר"ח וכן הר"א פי' אפי' בלוקח גמור והטעס כיון שהזכיר להוליך למקו' פ' הרי הוא כמתנה שאס תזול קודס לכן שיחזירנה לו וכו' עיין שס הרי דר"ח סביר' ליה דיכול לחזור אפי' לא התנה בפי' כיון שהזכיר להוליך למקוס פ' וכן כתב הרשב"א הובא במקו' לבתרא וז"ל אבל בפי' ר"ח מלאתי האי דמזבין וכו' ושמא כל שאמר וכו' כאלו מתנה וכולי וכענין שאמרו דאדעתא לעלות לא"י ונאנס ולא סליק והאי נמי נאנס באונסא דזילא וכולי עיין שס ודלא כה' שכ' עוד דר"ח בהתנה כן בפי' מיירי עיין שס ועיין מ"ש ה' שער אפרים סימן ק"מ :

ד' שאלה בראובן שרלה לילך לכפר א' הוא וכל בני ביתו וקנה מסי משמעון באשראי להוליכו בידו והניח לו משכון על המעו' והתנה עמו שמעון שאס לא ישלם לו המעות לזמן פ' שימכור המשכון בידו והלך ראובן ואחר כך חזר ראובן מאמלע הדרך באמרו שלא היה יכול לילך לאותו כפר מפני חמת המליק והלכות מלכים ומלחמותיהס מהו הדין ושכמ"ה :

תשובה כתב הרשב"ש סימן בסוחרים שבאה להס ספינה בנמל קנו הסוחרים פשתן מיהודים אחרי' ואחר כך נאנסה הספינה ולא יכלה לטעון הפשתן שדן מר אבי שיחזור הפשתן לבעליו והסכים הרב כן וכ' דאפי' לא אמר כן בפי' באומדנא דמוכח היא דאנן סהדי שלא קנה אלא לשלחו וגדולה מזו דעובד' דקידושין וכתובו' לא הוו אלא בקרקעות ופירש"י דאלו במטלטלין אע"ג דאמר בפי' שאינו מוכר אלא בשביל כך לא הדרי זביני אלא אס כן התנה בפי' אבל זה אינו חולק גס כן על דין א"א הרב וכו' בכגון זה שהספינ' בנמל והוי אומדנ' דמוכח וכיון שהקנייה היה באשראי ואיכא לספוקי שמא לשלוח בספינה וכו' כל כה"ג הו"ל קולא לנתבע ואומר' לתובע והנתבע הוא הקונה וכולי עיין שס ואס כן הכא נמי בכ"ד דאומדנ' דמוכח ומעשיו מוכחי' שלא קנה אלא להוליכו למכור במקוס שהולך לשס וגס אמר כן בפי' ותמהני שלא זכר מ"ש הטור פלוגתא דר"ח והרמ"ה שהרמ"ה סובר דהקונה יכול לחזור אפי' לא התנה בפי' וכן דעת הראב"ד ומהר"י ן' מיגש כמ"ש המ"מ ע"ש וכן נראה דעת רבינו האי בס' המקח שער נ"ז וז"ל מי שלוקח יין ואמר בפי' למקוס פלוני אני מוליכו שאמכרנו לשס והחמיץ קודס שיגיע לאותו מקוס דין הוא שיחזרנו למוכר ויחזיר לו דמיו וכו' עיין שס משמע בהדיא דס"ל דאפילו כבר נתן לו הדמים יכול לחזור ויחזור לו דמיו ודלא כהרמ"ה שכ' דוקא שהתנה שלא יתן הדמים וכו' ומכל מקוס דעת הני רבוותא ר"ח ורב האי והראב"ד ומהר"י ן' מיגש והרמ"ה כשלא נתן הדמי' אפי' במטלט' יכול לחזור דאף על גב דבמוכר מטלטלין אפילו אמר שמוכר מפני כך אינו יכול לחזור לריך לחלק בין קונה למוכר כמ"ש הדרישה עיין שס ואס כן הכא נמי בכ"ד אומדנא דמוכח ומעשיו מוכחים שלא קנה אלא להוליכו וכל שכן שאמר בפי' כן בשעת המכר ודאי דיכול לחזור דאפי' הר' יונה אפ' דמודה בכ"ד דאיכא אומדנ' דמוכח' ועיין בשער אפרים סימן ק"מ אבל יש להסתפק בנ"ד שנתן לו משכון אף על פי שהיה הקנין באשראי אפשר שהמוכר שהמשכון בידו מיקרי מוחזק וכיון דאיכ' לספוקי שמא להוליכו קנה וכו' הוי קולא לנתבע וכן ראיתי למהר"ש לרור בס' חוט המשולש סימן ר"ז שהכריע מסברא דמי שהמשכון בידו מיקרי מוחזק וכן דעת מהרש"ך הביאו ה' בסימן ר"ח עיין שס והרב כנסת הגדולה סי' פ"ז אות ס"ח הביא דברי מהרש"ך עיין שס וכן דעת הסמ"ע סי' ק"ך ס"ק מ"ד עיין שס ואס כן לדעת הרמ"ה דבעי' שלא נתן דמיס וכן כ' הרשב"ש דף מ"ח קולא לנתבע הכא שהמשכון ביד המוכר הוי כנתן דמיס :

סימן רל"ב

א' דין ב' חייב להחזיר אס הוא בכדי שהדעת טועה ובגוי אפשר אפי' בכדי שאין הדעת טועה הרשב"א בתשו' סימן תרע"א ובח"ג סוף הספר והובא בב"י סימן קפ"ג עיין שס :

ב' כולם מתנה וכו' היינו דוקא אם שתק ולא תבע אבל אם בא הנותן ואמר טעיתי נאמן ברי ושמא ברי עדיף כן דעת רוב הפוסקי' כמ"ש בסי' רמ"א בתשו' עיין שם באורך:

ג' דין ג' המוכר לחבירו קרקע וכו' בס' א"ז למציעא דף י"ד גבי שדה שיצאו עליה עסיקי' וכו' כתב הראב"ד דאם שהה כדי להראותה אינו יכול לחזור כמו מוכר בהמה לחבירו ויש בה מומין ושהה כדי להראות' דאינו יכול לחזור ובס' אסיפת זקינים לקמא כתב הרב המאירי שכן פי' גדולי המפ' ויש חולקים שלא נאמר כן במומין ומקח טעות אלא באונאה ועוד נ"ל שאין זה דומה לבהמה שמכניסה מיד בביתו ומנסה אותה ומרגיש במומין משא"כ בשדה וכולי עיין שם ונראה דה"ה במקח טעות והרב פני משה חלק שני סימן כ"ה כתב דלא נמצא מי שחולק דלא נאמר שיעור זה כדי שיראה לתגר אלא כשהאונאה היא בשומת דמים אבל וכו' (א"ה עכ"מ):

ד' אבל אם נשתמש בו וכולי וה"ה אם היה דבר שהיה הלוקח יכול להבחינו לאלתר ולא הבחינו והמוכר מכר לו סתם אינו חוזר השמ"ע בשם המ"מ וכן כתב הרדב"ז חלק שלישי סימן תי"ז שכן מסתבר עיי"ש וכתב הרדב"ז שם דכיון שהכל מקח א' בין הלוקח בין המוכר יכול לחזור על הכל ע"ש ומהרשד"ם סי' שפ"ה כ' זו היא סברת יחיד ולא יכול לומר קי"ל ונמשך אחריו ה' משפט צדק חלק שני סימן מ"ט ועיין בתשו' מהר"ש דוראן סימן ח' אבל הר' שבות יעקב חלק שלישי סימן קס"ט כתב דאין מי שחולק בזה דאם קודם גמר המקח היה יכול להבחינו מחל וכו':

ה' אבל אם נשתמש וכו' ראובן קנה משמעון ליצ"א ונשארה ברשותו ובדקה ומצא שאינה צובעת וכו' אם אין מומה ניכר אלא לאחר הבדיקה יכול לחזו' בו מיהו אם אחר שראה שאינה צובעת יפה חזר וצבע בה או מכר ממנה שוב אינו חוזר בו הרשב"ש סימן י"ז עיין שם:

ו' אבל אם נשתמש אחר שראה המום וכולי משמע דאם לא ראה המום אפילו נשתמש בו חוזר מהראנ"ח סימן מ' והרב כנסת הגדולה אות כ"ח כתב עדיין יש לספק בדבר דאפי' נשתמש בעי' שנודע לו המו' אבל אם נודע לו המום אפי' לא נשתמש אינו יכול לחזור ומצאתי לגדול א' בתשו' כ"י למהר"א גאליקו כתב דכל שלא נשתמש בו אפי' ידע המום חוזר עיין שם וזה פשוט מדברי' והוא שלא ישתמש במקח אחר שידע המום וכולי משמע בהדיא דאפילו ידע במום כל שלא נשתמש בו חוזר וכולי וגם כיון דסיפא אם נשתמש דוקא אם ראה המום מכלל דרישא דאם לא נשתמש אפילו ראה המום דאל"כ אין חי' בין נשתמש ללא נשתמש אלא בין ראה ללא ראה וכן כתב מהריט"ץ סי' ק"ה וה' משנה למלך פ' ט"ו מהלכות מכירה ומזה הכריחו דלא ס"ל כיש מי שכתב דאם היה הדבר שהלוקח יכול להבחינו לאלתר ולא בדק מחל דהא אפילו ראה ושתק יכול לחזור וכל שכן כשהיה יכול לבדוק ולא בדק:

וכתב ה' פני משה חלק שני סס"י כ"ה דכל דליכא ראיה שנשתמש בו אמרי' דעל הסתם אין אדם מתפיס במומין עיין שם וכן אמרינן בפרק המדיר והרמב"ם בפרק כ"ה מהלכות אישות דין ו' כ' בא על אשתו ושהה כמה ימים וטען שמום זה לא נ"ל עד עתה וכו' אין שומעין לו חזקה שאין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו יפה וחזקתו שידע ונתרצה עיין שם ובפרק המדיר מבואר דלא אמרינן חזקה זו להוציא מן הבעל כתובה דאדרב' חזקה אין אדם מתפיס במומין והעמד ממון על חזקתו וכבר כ' המ"מ דסבירא ליה לרבינו דה"ד כשלא בעל או שלא שהה אלא שכנס והוה לחופה אבל אם בעל ושהה ולא טען חזקה ידע ונתרצה עיין שם א"כ דוקא כשבעל ושהה ולא טען אמרינן חזקה ידע ונתרצה אבל אם לא שהה יכול לטעון דאפי' בעל לא ידע במום וה"נ אפילו נשתמש יכול לטעון שלא ידע במום משום דחזקה אין אדם מתפיס במומין והעמד ממון על חזקתו והרמב"ם שכת' אם נשתמש בו אחר שידע המום וכו' אמרי' ודאי חזקה ידע המום כשנשתמש בו (א"ה עכ"מ):

ז' אבל אם נשתמש וכו' כתב מהראנ"ח ח"א סימן מ' ואין לומר דדוקא במוכר סתם ונמצא בו אמרינן הכי וכ"כ מל' המ"מ שכתב לדעת הסובר דאם יכול להבחין לאלתר ומכר לו סתם אינו חוזר אף אנו נאמר כן בנשתמש בו דדוקא במוכר סתם אבל אם מכר ע"מ שאין בו מומין אפילו נשתמש בו חוזר ואין טעם לחלק בכך ע"ש וכן נראה מדברי המ"מ שכתב שרבינו למד כן ממ"ש כן במקדש את האשה ובא עליה ונמצא בה מומין דאמרי' חזקה אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו יפה וחייב בכתובתה ודין מו"מ שוה לאשה עיין שם ובפ' המדיר אמרינן חזקה זו על המקדש את האשה ע"מ שאין בה מומין דמיירי מתני' ע"ש:

ח' אבל אם נשתמש בו וכו' ולא דוקא במוכר סתם ונמצא בו מום אלא אפילו מכר ע"מ שאין בו מום אם נשתמש בו מחל ומהראנ"ח ח"א סימן מ' מיהו אפשר דה"ד לגבי מום אבל כשהוא טעות מב' מינים חלוקים אפשר דלא אמרי' דמחל ה' פני משה ח"ב סימן נ"ח עיין שם:

ט' דין ה' הג"ה אבל אם המום בגוף הבית וכו' וכ"כ ר' ירוחם סוף נתיב י"א בשם מהר"י ן' מיגש ובתשו' מהר"י ן' מיגש סימן נ"א כתב וז"ל ואמנם מום שיהיה מחפירות שהיו בקרק' וכיוצא כמו בורות שיחין ומערות גם כי אין כאן דבר שיאמר עליו פנים חדשות באו לכאן וכו' עכ"ז להיות המום בעצם הבתים אפילו שעשה בקרקע רצפת אבני שיש וכו' והואיל והיו הבתים בלתי שלימים בעת החליפין בעצים מעיקרא ואפילו שיתקן אותם עתה וראייה לזה מ"ש בכתובו' הלכה אצל רופא וריפא אותה אינה מקודשת וכולי ואמנם אמרי' הלך אצל רופא וריפא אותו הרי זה מקודשת כבר נתנו טעם לזה משום דטב למיתב טן דו וכולי ולא גמרי' מינה לדינים אחרים וכו' ע"ש מבואר דס"ל דלאו מוכר בגוף הבתים כגון כותל רעוע אלא ה"ה חפירות שהיו בקרקע דלא שייך פנים חדשות הוי מום ואפי' יתקן אותו המכר בטל ומשמע דס"ל דגבי האשה שהתנית על הבעל ע"מ שאין בו מומין והלך אצל הרופא וריפא אותו אפילו נודע לאשה קודם שהלך אצל הרופא מקודשת דומיא דכ"ד דנודע לו המום ועדיין לא נתקן ולזה כ' דה"ד באשה שאינה מקודשת דטב וכולי אבל הכא דמיא לאיש שהתנה על האשה ע"מ שאין בה מום והתם אפי' נתרפית קוד' ידיע' הבעל אינה מקודש' וה"נ אפי' תקן הבתי' קוד' שידע הקונה במום המכר בטל ועיין בס' ח"מ וב"ש בא"ה סי' ל"ט ס"ק י"ז שנסתפקו באשה ע"ש ולכאור' נר' דלמאי דקי"ל דהמקדש אשה סתם ונמצא עליה א' מן המומין שדרך להקפיד עליהם הרי זה מקודשת מספק וכ' הרשב"א סי' אלף רי"ז דאפילו הרופא ריפא אותה קודם שבעל מקודשת מספק ע"ש ה"נ אם קנה בתים סתם ומצא מום הרי

זה

זה ספק ואם כן אם נתן המעות כבר אין מוציאין מן המוכר וכן קי״ל שם אם קדשה ע״מ שלא יהיו בה מומין ונמצאו בה מומין וריפא הרופא הרי זה מקודשת למפרע וה״נ אפשר דאם קנה ע״מ שלא יהיו בו מומין ואפילו מצאו בו מומין בגוף משמע דאינו מקפיד על מוכר זה אלא שלא ישאר בו ואם תקנו עתה מהני :

יו״ד דין י״א המוכר בהמה לחבירו וכולי אבל במה שנוהגים שא׳ קונה ואח״ך משתתפי׳ עמו אחרים נר׳ דפטור דאדעת׳ דהכי נשתתפו עמו שיהא ההפסד עליהם כיון שנהגו בכך וכולי הרשב״ץ בס׳ יבין שמועה דף י״ד עיין שם :

י״א דין י״ב טרפות דסירכא ה״ה דמבטל המקח אפשר דאם נמצאו טרפות בריאה שהיה אפשר לעמוד עליו בבדיקה קודם שנתהכה כגון שנמצא בה מחט ונאסרה מן הספק פטור המוכר דמספק לא מחייבי׳ ליה אם נטל הדמים שהממע״ה וכן הורו חכמים כמ״ש בס׳ א״ח הרשב״ץ בס׳ יבין שמועה די״ד עיין שם :

י״ב הג״ה ואפי׳ טריפה שאנו אוסרים אותה מספק וכולי עיין בהסמ״ע סימן ס״ו ס״ק ע״ז שכ׳ הטעם משום דלא חשיב הפקעת ממון כ״כ מה שמחזיר המוכר ללוקח מעותיו ולוקח בהמתו והש״ך סק״ע דחה דס״ם מפקי׳ מיניה ממון אלא משום דאין לך מום גדול כזה עש״ב ואם כן ה״ה מי שמכר לחבירו בשר ואח״ך נודע לו שהוא ספק טריפה מחמת פלוגת׳ דרבוותא המקח בטל וצריך להחזי׳ הדמים וכן כתב בס׳ תקפו כהן סי׳ קכ״ט ע״ש וכ״ל ראייה דחשיב הפקעת ממון מדאמרי׳ בר״פ המוכר פירות גבי המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן ס״ל לשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דאין מוציאין אלמא אפילו המוכר מחזיר ללוקח מעותיו ולוקח שורו וכן רב דס״ל דהולכין בממון אחר הרוב אימא דה״ד התם דלא חשיב הפקעת ממון מה שמחזיר המוכר ללוקח המעות וחוזר ולוקח שורו ומה פרכי׳ עלה ממתני׳ דהאשה שנתאלמנה וכולי ומשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בלדה וכולי אימא דהתם מודה רב דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ממון ממש אלא משמע דאין חילוק :

י״ג דין י״ד אם השביח נוטל שבחתפירה והמוכר וכולי ואם לבשו קודם שעלה המום והיה מום שלא היה יכול להכירו עד עתה שחוזר הבגד למוכר צריך לו שכר לבישתו כמו בקרקע בסעיף שאחר זה ואם כן מחשיב לו דמי התפירה והשאר משלים לו הרשב״ש סימן תע״ו ע״ש :

י״ד דין ט״ו מחזיק כל הפירות שאכל וכולי בע״ש כ׳ דאל״כ הוא כרבית דכיון שנתבטל המקח מעיקרא הו״ל הדמים הלואה וכולי וק׳ דאם כן הול״ל דה״ד אם כבר קבל המוכר מהלוקח דמי הקנייה ועוד דאפילו כבר נתן לו המקח נראה דלא עדיף מאבק רבית דאין צריך להחזיר וכולי לכן נר׳ פשוט דלא מטעם רבית הוא אלא כיון דהמקח בטל מעיקרו הפירות שאכל גזל הם בידו ומשו׳ הכי אף אם עדיין לא נתן דמי הקנייה צריך להחזיר הפירות ושכר החצר וכולי הסמ״ע ונעלם ממנו מ״ש בעל התרומות שער מ״ז וז״ל וכן בפחות מבן ד׳ שמכר בנכסי אביו וכן מי שלקח מנה שיירש מאביו או פירות דקל שלא תפס עדיין וכן הלוקח מקח באסמכת׳ כל אלו וכיוצא בהם חזרו המעות המקח הכתובים בשטר המכר כהלואה בשטר על המוכר וגובה אף המשועבדים שלו כמשכנתא דשמעתא במעשה דפרדיסא וכולי ועוד ניתן ליכתב הוא כיון דארעא דידיה הוא תרווייהו בהני זביני ולית בהו איסורא ניתן ליכתב מקרי וא״ת מפני הפירו׳ רבית הא ל״ק דכיון דלא בתורת הלואה כתבו ולא קץ ליה לית ביה שימה משעת כתיבה אלא אם יחזור בו מוכר פירות חוזרים שלא יהא בהם רבית עכ״ל הרי שכ׳ דפחות מבן ד׳ שמכר בנכסי אביו וכן מוכר דבר שלא בא לעולם או באסמכת׳ וכיוצא בהם הפירות חוזרי׳ משו׳ רבית וה׳ שמחת יום טוב סימן כ״ד הק׳ דהא במוכר קרקע שאינה שלו קי״ל כרב דיש לו מעו׳ ויש לו שבח ולא חיישי׳ לרבית ומ״ש דנתבטל המקח מחמת מום דחיישי׳ לרבית דרב ס״ל דהמעות גזל בידו ולא שייך רבית וכבר כ׳ ה׳ משנה למלך דלא אמרי׳ מקח טעות המעות גזל אלא באיסור הנאה דאין להם דמים כלל אבל במוכר דבר לחבירו ונמצא בו מום המעות לא הוו גזל כיון דמקח זה דמים לו אלא שבשביל המום אינו שוה כמו שפסק ואם כן בגמלאת שאינה שלו הוי כאיסור הנאה שאין לה דמים ולכך ס״ל לרב דהמעות הם גזל ולא שייך רבית עיין שם וליתא שהרי כ׳ בעל התרומות שער מ״ז וז״ל ומסתברא דה״ה לפחות מבן ד׳ שמכר בנכסי אביו ומי שלקח מקח באסמכת׳ כל אלו הרי הוא כמכיר בה שאינ׳ שלו ויודע שאין המקח יתקיי׳ בידו אם לא ירצה המוכר והמעו׳ שנתן במכר על דעת הלואה נותנם ולפיכך מחזיר כל הפירות שאכל כיון שרוצה לבטל מכירתו וכולי אבל גמלאת שאינה שלו וכו׳ חוזר וגובה אותם מן המוכר וכו׳ ע״ש הרי דפחות מבן ד׳ שמכר בנכסי אביו ומקח שהוא כאסמכתא מחזיר הפירות שאכל משום דדמי למכיר בה שאינה שלו דכיון שיודע שהמקח לא יתקיים בידו המעו׳ שנתן על דעת הלואה הם אבל מקח שנמצא בו מום דלא ידע שהמקח לא יתקיים בידו דמי לגמלאת שאינה שלו דגובה את השבח :

ט״ו דין כ״א ואפילו אבד או נגנב אחרי שהודיעו וכו׳ הרמ״ה בפ׳ המוכר פירות סי׳ ס״ב וזה לשונו אי מקמי דאודעיה למוכר או לבית דין דמקח טעות הוא אתרע ביה אונסא מחייב באונסין ואי לבתר דאודעי למוכר או לבית דין דמקח טעות הוא אי פסיד׳ דמחייב עליה ש״ש הוי חייב דכיון דרמי עליה לאתויי וכולי לענין פסידא דמתרעא ביה בתר הכי כהביא מעות וטול את שלך דמה דקיימא לן דש״ש הוי לא שנא הוה ידע ביה מוכר מעיקרא במום ולא שנא לא הוה ידע בי׳ לענין פסידא דלא מחמת מום חדא דינא ניהו דאידי ואידי כל מקמי הודעה כיון דיד הלוקח העליונ׳ הנאת לוק׳ היא ולאחר הודעה נמי עיין שם באורך הרי דסבירא לי׳ דקודם שהודיע למוכר כיון דיד לוקח על העליונה הנאת לוקח היא וחייב אפילו באונסין אבל לאחר הודעה פטור מהאונסים וחייב בגניבה ואבידה כש״ש ואם כן נראה דהרמב״ם אינו חולק אלא אחר הודעה דהוי ברשות מוכ׳ אבל קודם הודעה הוי ברשות לוקח ועיין בהסמ״ע והר׳ בית חדש :

ט״ז דין כ״ג אלא אפילו כי הדדי ניהו המוציא מחבירו עליו הראיה וכו׳ כ׳ הפרישה אבל אם רובא קונים לשחיטה מוציאין מיד הלוקח המעות ולא מהניא ליה חזקה דמעות מאחר שכבר המשיך הבהמ׳ וקנה בקנין ודוקא כשהמעות ביד המוכר אין מוציאין מידו אף על גב דרובא קונים לשחיטה כיון דכבר קנה הלוקח קנין גמור עיין שם וכן לשון הרמ״ה בפרק המוכר פירו׳ סימן י״א ושמע מינה דכל היכא דאוקי׳ למעות ברשותיה דחד מנייהו לא אזלינן בתר רובא אלא המוציא מחבירו עליו

עליו הראיה עיין שם וכן נראה בהדיא מדאמרינן ת"ש המוכר עבד לחבירו ונמצא גנב או קובסיוס הגיעו וכו' מאי טעמא לאו משום דרובא הכי איתנהו וכולי אלמא לשמואל דאין הולכין אחר הרוב אין מוציאין ממון מיד הלוקח והיא מיירי כשהמעות עדיין הם ביד הלוקח עיין שם בהרמ"ה סימן ע"ז וכן כ' הרב כנסת הגדולה אות כ"ג בשם הרב משפט צדק דאפילו רובא קונים לשחיטה אין מוציאין מהלוקח עיין שם :

י"ז הג"ה צריך ליתן לו מעות דהוי כבעל חוב וכו' ה' משנה למלך בפרק חמישי מהל' אישות דין ז' נסתפק במי שמכר חפץ לחבירו והלך המוכ' וקדש אשה במעות ואחר כך נמצא מום במקח שהמקח חוזר מי אמרינן כיון שהמקח טעות המעות שקבל אינם שלו או דילמא כיון שהמקח נתבטל וחייב להחזיר הדמים מכל מקום אינו חייב להחזיר אותם אלא דמים בעלמא חייב לו והביא הירושלמי ודברי הרא"ש דסבירא להו דהמעות הם גזל עיין שם באורך וצ"ל דבמקח טעות מחמת מום המעות אינם גזל דהא ר"י סבירא ליה שדינו כנזקין דאפי' אית ליה זוזי מצי לסלוקי בארעא אבל ר"ת סבירא ליה דדינו כב"ח דאם אית ליה זוזי לא מצי לסלוקי בארעא ואי לית ליה זוזי מסלק ליה בארעא לכולי עלמא כדאמרי' בריש פרק הפרה עיין שם וא"א דהמעות הם גזל אפי' לית ליה זוזי ודאי דמצי למימר ליה זיל וטרח ואייתי זוזי כמו בשכיר ובפרק הפרה דפריך ואי ליכא לאשתלומי וכו' ולא אמרינן דנפקא מינה לענין דאם קדש במעות אשה דלרב מקח טעות הוא הינה מקודשת ולשמואל מקודשת משמע קצת דמקח טעות אין המעות גזל ולא אמרו בירו' דכיון שהמקח טעות המעות הם גזל אלא באיסור הנאה דאין להם דמים כמו שחילק הרב בש"ד עיין שם ועיין בהשמ"ע ס"ק ל"ג אם יש בו רבית או לא ומשמע דהוו הלואה :

י"ח ראובן קנה משמעון חצר א' על ידי סרסור והסרסור אמר ללוקח שלוי נתן למוכר עשרה אלפים ולא רצה למכור לו לאיזה סיבה ונתרצה ראובן לקנות והקנה הסרסור הסודר וכתבו שטר הקנין והתנו ביניהם שיפרע לו לזמן פ' וחייב עצמו בקנס כך וכך אם לא יפרע לו לזמן פלוני ואחר כך ראה ראובן שקנה ביוקר כפלים מכדי דמיה ושאל ללוי אם אמת שנתת בה הסך הנז' ואמר לו לא היו דברים מעולם ולכן רצה לבטל המקח שהיה סמך על הסרסו' שאמר לו שלוי נתן בה סך הנז' ונמצא שקר ונראה דאם האמינו וסמך על דבריו ונמצא שקר הוי מקח טעות דגבי הנו"נ באמונה חפץ זה בכך וכך לקחתיו וכך וכך אני משתכר בו דאין בו הונאה כתב השואל בשאלות ותשובות מהר"ש לרור בס' חוט המשולש סי' י"א דאם נמצא שקר הוי מקח טעות והרב השיב דאינו יכול לבטל המקח אלא שמחזיר לו האונאה וכן כתב מהרשד"ם סימן תל"ג דאם נמצא שקר מחזיר האונאה דוקא כשאמר המוכר האמת כמו שקנה אין בו אונאה כנראה בהדיא מלשון המ"מ שכ' וכן הוא האמת וכולי עיין שם באורך אלמא אפילו האמינו וסמך על דבריו היינו דוקא כשאמר האמת ולא שקר ואף על גב דהתם מחזיר האונאה ואין המקח בטל היינו לפי שזה קנה ממנו באמונה כמו שקנה מה שאין כן בנדון דידן שנמצא שקר שלא נתן כלום אבל יש להסתפק בנדון דידן דאפשר דלא האמינו ולא סמך על דבריו כיון שדרך התגר והסרסור להשביח המקח ול"ד לנושא ונותן באמונה ועוד דגם בנושא ונותן באמונה כ' מהריט"ץ סימן רל"ז דאם אמר לו פ' נתן לי כך וכך לא סמך עליו דדוקא באומ' קניתי בכך וכך סמך על קנייתו אם כן לא סמך אלא על הקנייה ולא על דבורו בעלמא דאפי' נאמן כיון דלא גמר וקנה לא סמך עליו אלא על שווי המקח וכל שכן הכא שכן דרך הסרסו' להשביח המקח וכי האי גוונא כ' הרב חוות יאיר סימן ס"ט בא' שמכר ביתו לחבירו ונסתפק הלוקח אולי חייב המוכר לראובן והלך ושאל אותו וראובן כיחש והלוקח האמין לראובן וקנה הבית וכשהגיע זמן הפירעון בא ראובן לטרוף הבית בכח שטר שבידו דאין דרך אדם לסמוך על דברי א' וכו' עיין שם אבל ה' מעשה חייא סי' כ"ב כ' גבי ערב דמשתעבד לא שנא ידע שאין נכסים ללוה לא שנא חשב שיש לו ונמצא שאין לו מיהו היינו דוקא על הסתם אבל אם הלוה הבטיחו שיש לו ועל פי דבריו נכנס ערב ואחר כך נמצא שקר לא נשתעבד והביאו ה' כנסת הגדולה בסי' קכ"ט הגב"י עיין שם וכן כ' הרב כרם שלמה סי' כ"ז עיי"ש וכה"ג כתב מהרימ"ט חלק שני בי"ד סוף סימן מ"ט דאם נמצ' הדבר שקר הוי נדר טעות אף על גב שלא הוזכר דרך תנאי ונראה לי ראייה מדאמרינן בפ' השולח מ"ט דר"י דאמר כל נדר שלא ידעו בו רבים אין לו הפרה דכתי' ולא הכום בני ישראל כי נשבעו להם ורבנן התם מי חיילא שבועה עלייהו כלל כיון דאמרו מארץ רחוקה באנו ולא באו וכו' וכן כ' המפרשים מהכא שמעי' דכל דמשתב' לחבריה סתם אף על פי שלא הזכיר בשעת השבו' כלום אדעתא דמאי דא"ל חבריה הוא עכ"ל והכא נמי אדעת' (אמר המגיה עד כאן מצאתי) :

סימן רל"ד

א' דין ב' ונודע שהיה טרפה וכו' כתב הרב ש"ך בי"ד בסימן קי"ט ס"ק כ"ה משום קנס רש"י בכתובות ואם כן משמע דוקא כשידוע שהיה יודע שהיה טרפה ומכרה במזיד קנסינן ליה הא לאו הכי לא דאפשר שוגג היה וכן כתב הנ"י בפ' המוכר פירות עי' שם וכן הסכים הט"ז והפר"ח שם והרב מח"א בהלכות נזקי ממון סי' ע' הק' דלא פליגי חכמים ורשב"א אלא בדברים שאין הנפש קצה בהם אבל בדברים שהנפש קצה בהם משמע דלכולי עלמא יחזיר הדמים כיון שלא נהנה עיין שם באורך והרב הלכות יום טוב דף קנ"א הביא התוספות חיצוניות שתמהו אמאי נבלות וטרפות הוו דברים שהנפש קצה בהם וכי אם נתנבלה בשחיטת נפש האדם קצה בהם וכן הטרפות טובות וראוים לאכול ותי' דמיירי שמת מיתת עצמה וטרפה נמי דומיא דשקצים ורמשים וכן כתבו התוספות בע"ז דף כ"ו בד"ה וחד אמר וכו' עיין שם ואם כן סתם טרפה דקתני מתני' דלא תני בהדה שקצים ורמשים אין נפש אדם קצה בהם ולא יחזיר הדמי' אלא במזיד משום קנס עיין שם באורך ואם כן נבלה שנתנבלה בשחיטה וכל טרפה שאין הנפש קצה בהם לא יחזיר הדמים אלא במכר במזיד משום קנס אבל נבלה שמתה עצמה וטרפה דרוסה או שנשברה מפרקת שמתה והולכת דאין ראוייה לאכילה אפילו מכר בשוגג יחזיר הדמי' כיון דליכא הנאה ואין נראה כן מדברי הפוסקים שלא חילקו בדבר וכן כתב רב האי בספר המקח סוף שער מ"ה וז"ל והיכא שאדם מוכר לחבירו דבר שהוא אסור באכילה יש למוכר להחזיר דמים ללוקח ואף ע"פ שהוא נאכל אותו דבר האסור וכו' עיין שם ולא חי' בין דבר שהנפש קצה בו לדבר שאין הנפש קצה בו :

סימן רל"ה

א׳ דין א׳ ומשש שנים וכו׳ מקחו מקח טעות וכולי ומה שיכול למכור בו כן יכול לחלוק בו ודוקא שיהיו הם בעצמם החולקים אבל אין להם להרשו׳ אחרים דהרשאה היא שליחות ואנן קי"ל אין הקטן עושה שליח מהר"י ן׳ מיגש בתשו׳ סימן קכ"א עיין שם משמע דפחות מבן שש דאין נקחו מקח הוא הדין שאינו יכול לחלוק בו דחלוקה הוי כמכר כמ"ש האחים שחלקו הרי הם כלקוחות מיהו יכול לחלוק קרקע שירש מאביו קוד׳ עשרים שנה אף על גב דאינו יכול למכור כמו שכתב מהר"י ן׳ מיגש שם ועיין בס׳ ארעא דישראל מערכת הק׳ אות יו"ד שכתב דודאי דלמאי דקיימא לן דקטן אינו יכול לעשות שליח ה"ט משום דקיימא לן דמילתא דלא מלי עביד לא מלי משוי שליח ואם כן למאן דאמר דקטן יכול לקדש שיהולו הקידושין לכשיגדל פשיטא דיכול לעשות שליח עיין שם ולפי זה הכא נמי קטן דממכרו ומקחו במטלטלין קיי׳ יכול לעשות שליח וליתא דהא בפרק קמא דמליעא אמרי׳ דקטנה יש לה יד וחצר אפילו הכי אין לה שליחות ופי׳ רש"י משום דבשליחות איש כתיב וכן פסק הרמב"ם ומרן בסימן קפ"ח עיין שם אלמא אף על גב דיכולה לעשות בעצמה אינה עושה שליח דשליחות לאו מהאי טעמא הוא והוא הדין קטן אף על גב דיכול למכור בעצמו אינו יכול לעשות שליח וכמו שכ׳ מהר"י ן׳ מיגש :

ב׳ ומתנתו קיימת וכו׳ ונראה דהוא הדין דמחילתו מחילה וכבר כתבתי בסי׳ ס"ו דין כ"ג אות מ"ב דאפילו קטן שמחל השטר אם הגיע לעונת הפעוטות מחילתו מחילה כדברי התוס׳ והר"ן בפ׳ הכות׳ והרא"ש סוף פרק קמא דב"מ וכן כתבו התוס׳ בכתובות דף ק"ז בד"ה קטנה וכו׳ וז"ל ואם תאמר וכו׳ ואי לא ספקא אם כן היכי מחלה למאן דאמר לאי מעשה ידיך והא אין מחילת קטנה כלום וכולי א"כ בפעוטות דמקחו מקח ומתנתו מתנה עיין שם וכן כת׳ הרשב"א בתשובו׳ חלק שני סימן ג׳ והריב"ש סוף סי׳ ק"ח בשם הרמב"ן דקטן שהגיע לעונת הפעוטות מחילתו מחילה עי׳ שם וכן מוכח מדברי הרמב"ם פכ"ט מהלכו׳ מכירה וכבר תמה המ"מ שם על הראב"ד שכ׳ שהקטן אין לו מחילה ע"ש וכן כתב המבי"ט חלק א׳ סימן י"א הביאו הרב כנסת הגדולה ומהר"י באסן בתשו׳ סי׳ מ"ה כ׳ אפשר דסב"ל דדוקא במתנה שהקטן נותן בידו אי לאו דעבד ליה לא הוה יהיב ליה דאין דרכו של קטן לתת מה שבידו לאחר בחנם אבל המחילה שאינו נותן כלום בעין אלא בדברים בעלמא יכול לפטותו ואפשר דמודה הרמב"ם בכל מחילה ולא קאמר אלא במחילה דאונאה פחות משתו׳ ומ"מ אין להוציא ממון מהנתבע בסברא זו החלושה עיין שם ונרא׳ דאם תמצי לומר הכי כהראב"ד דמחילה בקטן אינה כלו׳ ודאי דאין להוציא מהמוחזק דהרי הרשב"א במיוחסות סי׳ ב׳ כ׳ דקיימ"ל דמחילת פעוטות הוי מחילה דהא אסיקנ׳ בפ׳ הנזקין דמתנתו מתנה ומחילה ומתנה כי הדדי נינהו עיין שם ול"ל דלא אמרה בנדון דידן שנתן הקטן מתנת קרקע והמקבל אכל פירות דשייך האי טעמא דמשום דעבד ליה נייחא יהיב ליה ומחל לו הפירות דמלשון הרשב"א משמע דבכל מחילה קאמר והתימה על מהרשד"ם סימן רל"ה שכ׳ וז"ל ואם מטעם מחילה בשטר וכו׳ ל"מ אם עדיין כשנכתב השטר היו קטנים דלאו כלום הוא שאפי׳ מכירה אין לקטנים למכור חזקת קרקע אביהם עד שיהיו בני עשרים שנה וכו׳ עיין שם דהא אפילו קטנים שהגיעו לעונת הפעוטות מחילתם מחילה וכל שכן פחות מבן ך׳ דמתנתו מתנה בקרקע והוא הדין מחילה וזה ל׳ הריב"ש סוף סי׳ ק"ח וכ׳ הרמב"ן דמחילתו מחילה גם כן דאף על גב דעדיין קטן הוא ואמרינן בעלמא דיתמי לאו בני מחילה ניהו הייתו בשהם כגון באונאה פחות משתו׳ דבשא׳ בני אדם הוי מחילה וביתמי לא הוי מחילה אבל במה שמוחל לדעת כיון שהגיע לעונת הפעוטו׳ דמתנת׳ כמטלט׳ הכא נמי מחילתם מחילה ולזה הודאתם בהם הודאה עד כאן לשונו וכמ"ש דבאונאה לא הוי מחילה תמהני שלא זכר הרמב"ם שכ׳ :

ג׳ בין במתנת שכיב מרע וכו׳ כ׳ המרדכי בפרק מי שמת בשם ר׳ גרשום והובאה גם כן בתשובו׳ מהר"ם האחרונות סימן תקמ"ז על יתום קטן שלוה בפני עדים ונתן כל אשר לו לשמעון מקרקעי ומטלטלין וכולי דאין מתנתו לגבי מקרקעי אבל לגבי מטלטלין מתנתו קיימת עיין שם ונראה דסבירא ליה לרבי׳ גרשום כדעת ר׳ שמחה שכתב המרדכי וז"ל מעשה בא׳ שהקנה לחבירו בקנין סודר קרקעות ומטלטלין ומעות בב"א ונחלקו בדב׳ חכמי הדור י"א דדמי לאת וחמור בפרק מי שמת כמו שלא קנה המעות לא קנה גם המטלטלין וקרקעות וי"א קנה הכל במגו וכו׳ ור׳ שמחה כת׳ אף על גב דמעות לא קנה קרקעות ומטלטלין קנה וכו׳ והכא נמי אף על גב דלא קנה קרקעות קנה מטלט׳ וכן למ"ד התם דקנ׳ הכל אפשר דמודה הכא כמו שכתב הסמ"ע בסימן ר"ג סקי"ט דהיינו דוקא במעות דשייך קנין ההגבהה ומשיכה לכך אמרינן דחל נמי עליו ק"ס במגו דחל על המטלט׳ אבל הכא דאין קטן יכול למכור הקרקעות בשום קנין לא חל הקנין כלל אפילו במגו אבל לדעת יש אומרים דכמו שלא קנה המעות לא קנה גם המטלטלין הכ"נ אמרינן כמי שלא קנה הקרקעות לא קנה גם המטלטלין ואפשר דלמ"ד התם דקנה הכל במגו כיון דשייך קנייה בקרקעו׳ של קטן ע"י ב"ד או אפטרופוס :

ד׳ בין במתנת שכיב מרע וכולי כתב המרדכי בפר׳ מ"ש בשם ר׳ גרשום והובאה גם כן בתשוב׳ מהר"ם האחרונות סימן תקמ"ז על יתום קטן שלוה בפני עדים ונתן כל אשר יש לו לשמעון מקרקעי ומטלט׳ וכו׳ דאין נותנתו מתנה לגבי מקרקעי אבל לגבי מטלטלים מתנתו קיימת עיין שם וכן כ׳ הרא"ש בתשו׳ סוף כלל א׳ דכל הגאונים סבירא להו דנתינה קטן אפי׳ בקרקע שלו אינה כלום וכן בתשו׳ ר׳ גרשום וכולי וי"א דמתנת שכיב מרע יכול קטן ליתן והכל הוא בידם וכולי והכי אמרינן בבבא בתרא מילתא דאיתיה בבריא איתיה בשכי׳ מרע דליתיה בבריא ליתיה בשכיב מרע והלואתו לפלוני ליתיה בשכיב מרע אלא משום דאיכא בבריא במעמד ג׳ אם כן נתינת הקטן דלא שייך בה קנין בבריא גם בשכי׳ מרע לא מהני עיין שם וה׳ דברי אמת בקו׳ ז׳ סי׳ ג׳ כ׳ דהי"א פוסקים כרב פפא דאמר הלואתי לפלוני קנה משום דיורש יורשה והכא נמי מתנת קטן שכ"מ מהניא מהאי טעמא דעשאוה כירושה הואיל ויורש יורשה יכול ליתן אבל הרא"ש פוסק כרב אחא דהלואתי לפלו׳ משום דאיתיה בבריא במעמד שלשה עיין שם :

ה׳ שטר חוב דינו כמטלטלין וכו׳ לאפוקי הריטב"א בתשו׳ דסבירא ליה דלא מהני בקטן מכיר׳ שט"ח וכן כ׳ הרשב"א בתשו׳ חלק שני סימן רי"ט וז"ל ובשטרות גם כן לא עשו ולא כלום לפי שאפי׳ בגדול אין להם מכירה ומתנה אלא בכסף ומסירה או באגב ואם בכסף

בכסף ומסירה הרי נ"ל באותה כתיבה הריני נותן הם ושעבודם וכל מ"ש בתוכם והפעוטות אין להם הבחנה כל כך שידעו ליתן מה שאינו ידוע להם כשעבוד שאין לו גוף ולא עומד בפניו שידע ליתנו פעוט כבן שש ואפילו הוא חריף וכל שכן שאינו נותן באגב שהרי אין מעשיו כלום בקרקע וכיון שאין מתנתו מתנה בארבע אמות מה יועיל מה שנותן על גביו ועוד דאפשר לו' שהשטרות דין קרק' יש להם לכל דבר וכו' עכ"ל וכן כ' הריטב"א בחידושיו לגיטין דף כ"ט וז"ל ואפילו כשאין לו אפטרופוס דמקחו קיים וממכרו ממכר דוקא כשהוא מקנה במשיכה או בהגבה' אבל באגב לא דהא לאו בר אקנויי הוא והיכא מאן דאמ' דה"ה לחליפין ושטר חו' נמי אינו מקנה אותו דהא צריך כסף ומסירה ואיהו לאו בן כתיבה ומסירה הוא וה"ה נמי דאינו יכול לתתו במתנת שכיב מרע דכיון דבמתנת בריא' א"א לקנות אותו משום דאינו בן כתיבה אף במתנת שכי' מרע אינו יכול לתתו ומתנתו אינה מתנה וכו' וכן דנתי לפני רבי' נר"ו והודה לדברי עכ"ל ונראה דלא קיימ"לן כרב פפא דאמר בפרק מי שמת טעמא דהלואתי לפלו' קנה בש"מ אף על גב דליתיה בבריא הואיל ויורש יורש' דהכא נמי קטן שנתן שטר חוב במתנת שכיב מרע קנה מהאי טעמא הואיל ויורש יורשה אלא קיימ"ל כרב אחא דטעמא דמשום דאיתיה בבריא במעמד שלשה וא"כ שטר חוב שנתנו קטן במתנת שכיב מרע לא קנה דליתיה בברי' אלא בכסף ומסירה וקטן לאו בן כסף ומסירה וכי האי גוונא כ' הר"ן בספר א"ז שם וז"ל אמר רב פפא הואי' ויורש יורשה ונפי זה אויר נמי דאיתיה בירושה בלא גוף כגון מי ששייר אויר שמורישו ליורשיו איתיה נמי בשכיב מרע מיהו טעמא דר"פ לא סליק אלא האי טעמא וכו' במעמד שלשה קנה הילכך אויר דליתיה בבריא בשום ענין אלא אגב קרקע לא מקני נמי במתנת שכיב מרע אלא עם הקרקע עכ"ל. והביאו מרן הב"י סי' רנ"ג עיין שם הרי דסבירא ליה דרב פפא ורב אחא פליגי דלרב פפא כל שהיורש יורשו כגון אויר דאיתיה בירושה בלא גוף ש"מ יכול להקנותו אבל לרב אחא אינו יכול להקנותו כיון דליתי' בבריא וקי"ל כרב אחא והכא נמי נפקא מינה לקטן שנתן שטר חוב במתנת שכיב מרע לרב פפא כיון שהיורש יורש' שכיב מרע יכול להקנותו אבל לרב אחא כיון דליתי' בקטן בבריא ליתיה בשכיב מרע ורשב"ם בבתרא דף קנ"ד כ' וז"ל וי"מ דאם אמר איני נוטל בשטר חוב שיש לאבי על אחרים פי שנים וגם איני נותן בשטר חוב היוצא עליו פי שנים רשאי ושיבוש גמור הוא שהרי השטר היוצא על אביהם אינו דינו לגבות משטר שיש לאביהם על אחרים דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח אלא מקרקעי הוא דגבי וכו' עיין שם ונראה די"מ סבירא להו דשטרות דין קרקע יש להם לכל דבר כמו שכתב הריטב"א והרשב"א והכא נמי ב"ח גובה משטר שיש לאביהם על אחרים דמשתעבדי לב"ח בקרקע אבל רשב"ם ס"ל דשטרות הוו כמטלטלין דלא משתעבדי לב"ח וכן כתב הטור סי' ס"ד וסימן ק"ז עי"ש ואפשר דיש מפרשים נמי סבירא להו דשטרות הוו כמטל' אלא איירי בשעבד לו מטלטלין אגב מקרקעי דשטרות נמי משתעבדי לב"ח וה' פני משה ח"ב סי' ס' כתב דשכ"מ שאמר הלואתי דגוי לפ' קנה אפי' למ"ד דהלואה דגוי לא מהניא במעמד ג' דמילתא דאיתיה בבריא מיקרי דבתר כללות ההלואות אזלינן דשם הלואה מקניא במע"ג עיין שם ואין נראה כן מדברי הריטב"א דקטן אינו יכול להקנות שט"ח כיון דליתיה בבריא בקטן גופיה ולא אזלי' בתר כללות השט"ח דנקני' בכו"מ בגדול וה"נ דכוותה ונראה דלכ"ע דאינו יכול להקנות באגב קרקע ודוקא בכו"מ ס"ל (א"ה עכ"מ) :

ו' דין ב' אבל אם היה לו אפטרופוס אין מעשיו כלום וכולי ואין הלואתו הלואה כמו שאין לו מו"מ הרב תרומת הדשן סימן שמ"ח עיין שם ודעת הרמב"ם ומרן דגם במתנה אם יש לו אפטרופוס אין מעשיו כלום וכן דעת הר' יונה בש"מ לבתרא דף קנ"ה עמוד שני וכן כתב הרשב"א בחי' בפרק התקבל דגיטין וז"ל והיא נמי דאמרינן בסוכה לא ליקני איניש לולבא לינוקא דינוקא מיקנא קני אקנויי לא מיקני מיירי וכולי כשיש לו אב המפרנסו א"נ אפטרופוס דאז אין מתנתו מתנה כדאמרי' מקחן מקח ואין ממכרם מכר וה"ה למתנה דהא דייק לה התם מדתנן המשלים מעות וכו' וכן הוכיח בתשו' ח"ב סימן ס"ו עיין שם וכן כתב הר"ן בתשוב' סימן מ"ט עיין שם וכן כתב הריטב"א שכן עיקר וכ"כ תר"י שכן הורה רבי' הלכה למעשה והובאו דבריהם בש"מ ס"פ מציאת האשה עיין שם מיהו כתב שם דר' יצחק סחאב ס"ל דמתנתו מתנה אפי' יש אפטרופוס וכן כתב רב האי גאון שכן פסקו הראשונים ע"ש. והסמ"ג עשין פ"ב העתיק ל' הרמב"ם וסיים פסק ר"ח בשם ר' האי דלענין מתנה אין חילוק בין יש אפטרופוס לאין יש אפטרו' דלעולם מתנתו מתנה ורבי' ישעיה הא' בספר המכריע סימן כ"ד כתב על בן י"ג שנה ויום אחד שנתן במתנה קרק' שירש מאביו דרב צמח גאון סבירא ליה דאם אין עליו אפטרופוס מתנתו מתנה ורב נחשון ס"ל דאפי' יש לו אפטרופוס מתנתו מתנה דאין מעכב אפטרופ' דוקא לפעוטות אבל זה שהוא בן י"ג שנה ויום א' אין אפטרו' מעכב ואפי' לא הביא שתי שערות אין בכך כלום והוא חלק עליהם דכל שלא הביא שתי שערות דינו כפעוטות ואין מתנתו מתנה במקרקעי אבל במטלטלי מתנתו מתנה אם אין לו אפטרופוס עכ"ד הרי דהגאונים ס"ל דקטן גם במתנת מטלטלין אין מעשיו כלום אם יש עליו אפטרו' אלא דפליגי בבן י"ג שנה שלא הביא שתי שערות וז"ל בעל העיטור באות מתנה דף ל"ד כיון שהביא ב' שערו' מתנתו מתנה אפי' במקרקעי דאבוה וכו' ומסתבר' אפי' יש אפטרופוס מתנתו מתנה והרי הוא כבן עשרי' שמוכר בנכסי אביו אפי' במקו' אפטרו' דהא גדולה מן הנשאין אף על גב דאיכא שליש אם אמרה ינתנו לבעלי הרשות בידה להוציא מתחת יד שליש ק"ו מיד אפטרופוס וכולי וכן הסכמת האחרונים וכתב הרב פרח מטה אהרן חלק שני סימן ל"ב דמהר"ם אלשיך סימן ק"א נראה דפסק כרוב הפוסקים ומ"מ הביא דעת הר"ן וריב"ש דסבירא להו כהרמב"ם ואין ספק דכוותייהו נקטינן עי' שם ועיין בס' כרם שלמה סימן ס"ה והרב שארית יוסף סי' י"ד כתב דה"ד לפעוטות אבל בן י"ג שנה שנתן קרק' שירש מאביו אפי' יש לו אפטרופוס מתנתו מתנה וכ"כ בהדיא הריב"ש סימן קס"ח עיין שם וכ"כ מהרי"א סימן קל"ג וראיתי להרב בית יהודה סימן י"ג שכתב מה שטענו היורשים דיתום זה הרי יש לו אפטרופוס ואין מעשיו קיימים עד שיסכים על ידו האפטרופוס שלו וכולי מדמו דין זה להך דהפעוטו' מקחן מקח וממכרן ממכר במטלט' דה"ד דאין להם אפטרופוס וכולי תשובה שאני פעוטות דלפי הדין אין במעשה קטן כלום אלא שחכמי' תקנו משו' כדי חייו וכשיש אפטרופוס אין במעשיו כלום אבל בגדול פחות מבן עשרים דמן הדין מעשיו קיימים במתנה אין צריך לאפטרופוס וכן מצאתי בס' דברי ריבות סי' קל"ג בשם הר"ן והגמ"י דגדול פחות מבן עשרים אפי' היה לו אפטרופוס

אפטרופוס מעשיו קיימי' ע"ש וכבר כתבתי דברי הגאוני' בזה ומאי דפשיטא ליה לה' דגם במתנת שכ"מ אם היה קטן ויש לו אפטרופוס אין מעשיו כלום לכאורה נראה דמתנת שכיב מרע אין צריכה אפטרופוס משום דמתנת שכיב מרע אלמוה רבנן ועשאוה כירושה כדי שלא תטרף דעתו עליו שהרי המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ואפי' יורש מוחל אבל נתנו מתנת שכיב מרע אינו יכול למחול כדאיתא בפרק מי שמת וכה"ג כת' הרשב"א דמקבלי עדי צוואה על הקטן מה"ט כמ"ש בסימן כ"ח סי"ט עיין שם וה"נ אלמוה רבנן טפי ממכירה ומתנה דבריא דאם יכול האפטרופוס לבטל מתנתו תטרף דעתו עליו ולכך עשאוה כירושה ומה שייך אפטרופוס בירושה וכן ראיתי למהר"ם אלשיך סי' ק"א שכ' אפשר דמתנת שכיב מרע כיון דאינה קונה עד לאחר מיתה לכ"ע קנה דבשעה שחלה המתנה אחר מיתה הו"ל כאלו אין לו אפטרופוס עיין שם ואי מהא ל"מ דכל מתנת שכ"מ אף על גב דבשע' המתנה אין הנותן קיים קנה משו' דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים למפרע משעת נתינתו ואמירתו ויזכה מאותה שעה כמ"ש התו' והרא"ש ספ"ק דגיטין עיין שם :

וראיתי בשיטת סנהדרין להרב כנסת הגדולה דכ"ח וז"ל צוואת שכיב מרע שיצאה בב"ד והעדים קרובים למת ורחוקים לבניו פסולה שהרי מסירת העדי' פסולים היו למצוה ומכל מקום מקצת גאונים הא' הכשירוה הואיל דאף בשעת מסיר' העדו' כשרי' לזוכה והר' יונתן כתב וכולי דאיבעי' מקמי גאון מענין מי שצוה בשעת מיתתו בפני קרוב לו ורחוק מבניו עדותו כשרה היא או לא והשיב להם דלאו כשרה היא וכו' י"ש דל"ג לה לפי דמתנת שכיב מרע לא קנה אלא לאחר מיתה וכו' לאו מתנה כשרים הם מתחילה ועד סוף וכולי עכ"ל ונראה דלדברי התוספות והרא"ש דקנה למפרע משעת אמירה וזכה מאותה שעה :

ומה"ט כתב הרא"ש בתשובות דשכ"מ שנתן לעובר אם מת קודם שנולד העובר לא קנה דהא בשעת נתינה לא היה ראוי לזכות שלא היה בעולם ואחר שנולד כבר מת הנותן כמ"ש בסימן ר"י ע"ש וה"נ כיון דבשעת נתינה היה לו אפטרופו' ואין מעשה הקטן כלום לא קנה למפרע וכה"ג כתב הרשב"א בתשו' בשם הראב"ד הביאו הכנה"ג וח"ב סימן ל"ג דא' מהעדים שהוא קרוב למצוה מחמת אשתו אינו יכול להעיד אע"פ שאין עדותו מתקיימת אלא לאחר מיתה דאין כאן קרובה ע"ש וה"נ אעפ"י שאין צוואתו מתקיימת אלא לאחר מיתה דהוי כאלו אין אפטרופוס אין מתנתו מתנה וכן ראיתי למהרח"ש ח"א סי' ל"ז שכתב במתנת שכ"מ של קטן בלא אפטרפוס מחלוקת ר"ת והרמב"ם ואם כן מספק הנכסים בחזקת היורשים עיין שם וכן כתב מהר"ש צרור בספר חוט המשולש סימן ג' ומהריט"ץ סימן ח' עיין שם הרי דס"ל דגם במתנת שכ"מ אין מתנתו כלום כשיש לו אפטרופו' וגם מהר"ם אלשיך כתב אח"ך אבל מסתברא דקבלת הגאונים וכולי וכ"כ סברת רגמ"ה וכולי עיין שם נראה דעתו נוטה דאין חי' בין שכ"מ לבריא וחזר ממ"ש דרגמ"ה לא קאמר אלא במתנת שכ"מ וכן פסק מהר"ש גאלנטי בתשובות סימן מ"ו במתנת קטן שכ"מ כהרמב"ם ודעמיה דאין מעשיו כלום עיין שם מיהו כתב מהריט"ץ שם דה"ד באפטרופוס שמינהו אביו או ב"ד אבל אם סמכו אצל בעל הבית מעצמם אע"ג דכ' הריב"ש שדינו כמינהו אבי יתומים היינו דוקא במכר אבל במתנה ודאי אין כחו גדול כאפטרופוס ממש עיין שם ואין נראה כן מדברי הרשב"א בתשובות ח"ב סימן מ"ט דכל דין אפטרופוס שמינהו אבי יתומים יש לו וכן כ' בסימן קכ"ז דהוי אפטרופוס גמור ושוה למינהו אבי יתומים לגמרי עיין שם ועיין בתרומת הדשן סימן שמ"ח וכבר כ' מהר"י הלוי בתשובות בספר בתי כהונה ח"א בבית ועד סימן ו' דבתשו' הריב"ש יראה דבין במכר ובין במתנה יתומים שסמכו אצל בעל הבית דינו כאפטרופים וה' המחבר סימן כ"ז דמ"א ע"ג השכי' עמו עש"ב גם מ"ש מהר"ם אלשיך עוד הטעם ה"ד מתנ' בריא שהיא הקנאה אבל מתנת שכ"מ שאינה בהקנאה דאדרב' אם קנו מידו לא הוי מתנה ל"ן אפטרופים וכן דייקי' לשון הרמב"ם שכתב אם היה לו אפטרופוס אין מעשיו כלום ולא אמר אין ממכרו ומתנתו כלום משמע דה"ק מה שתלוי במעשה מיירי דהיינו הקנאה דמכר או מתנה עיין שם אין נראה דמתנת שכ"מ נמי בהקנאה דאמירתו כמסירה דאם קנו מידו לא הוי מתנה כבר כ' רשב"ם בבתרא דקכ"ב דקני באמי' בעלמ' ל"ל לאקנויי בסודר אלא דעקר ממנה כח מתנת שכ"מ ואינו רוצה שיקנה באמירה בעלמא אלא בקנין סודר ואין קנין תופס שלא נתכוון אלא לאחר מיתה ומיד כשמת נפלו נכסים קמי יורשו ולא חיילא מתנתו עיין שם והרמב"ם שכתב אין מעשיו כלום לומר דגם מחילתו והודאתו אינה כלום :

ז' שאם רצה לקיים וכולי ה"ד במטלטלין אם קיים האפטרופו' מכירת הקטן כיון דשלא אפטרו' היה יכול למכור אבל אם מכר קרקע קיומו של אפטרו' אינו כלום כיון שעיקר המכר בטל הרשב"ש בס' תקון סופרים שער י"ג עיין שם וכן במטלטל' אם היה קטן פחות מבן שש דממכרו בטל אפילו קיימו האפטרופוס וכן כתב מהר"ש צרור סי' ג' ע"ש וזה פשוט :

ח' דין ו' אבל הקטנה וכולי שתלה על שטר מתנה וז"ל עמד בפנינו ראובן והודה וכו' שנטל וקבל שמעון סך שני אלפים מטבע כסף שנתן שמעון הנז' על ידינו אנו עדים ח"מ לבתו הקטנה בתורת מתנה מהיום ולאחר מיתה אגב דא"ק מתנה מחיים מתנת בריא בכל אופן ותי' רז"ל והכל היה בקש"מ וכולי :

תשובה נראה דאע"ג דקי"ל בסימן ע"ר דאם נתנו אחרים מתנה לבן הרי היא לאביו וכן אם נתנה לו אביו מתנה לא קנה דאין לו יד לזכות לעצמו כמבואר בב"י פ"ק דמציעא עיין שם ה"ד בזכייה ע"י עצמו אבל אם זיכה לו ע"י אחר קנה הבן כמ"ש מהרשד"ך ח"ב סימן קס"ב וסימן רי"א וה' בית שלמה סימן ל"ה וה' כנה"ג בתשובות סימן קצ"ו עש"ב וכן כתב מהראד"ב בס' לחם רב סימן רי"ז עיין שם ועיין בתשובות מהר"י באסן סימן ע"ג וראיתי לה' בית יהודה ח"ב סימן ע"ו שכ' דקטנה זכתה בקנין כמו שפסק הרמב"ם ומרן דקנה חצרה מידה תקנה המטלטלין מאחרים אם קנו מידה ואע"ג דק"ס לא היה מידה עצמה הא קי"ל דמהני סודר של עדים אפילו שלא בפני הקונה דאותו סודר הקנאהו בעליו ללוקח וחשיבי שלו וחזר וקנה מטלטלין באותו סודר בחליפין עיין שם משמע דס"ל דק"ס של העדים לא מהני לקטן אבל לקטנה מהני ולא דק דאם הקנין של העדי' הוי זכייה מהני אפילו לקטן ואם לא הוי זכייה אלא שליחות אפילו לקטנה לא מהני דאין שליחות לקטנה כמבואר בפ"ק דמציעא עיין שם והתימה על הרשב"ש סימן רמ"ו שכתב וז"ל בפ"ק דמציעא אמרינן דקטנה אין לה יד וה"ה לקטן וכולי דבפ"ק דמציעא מבואר דלכ"ע קטנה יש לה יד ובמסקנ' חצרה משו' ידה אתרבאי וקונה לה

לה ע"ש אבל אין שליחו' אפי' לקטנה וכ"כ הרמב"ס ומרן בסימן קפ"ה עיין שס בכנה"ג בסימן זה אות ע"ו ובסי' רמ"ג אות כ"ו כתב דמהר"א מוגשון הוכיח דק"ס לא מיקרי זכייה לקטן אבל מהרימ"ט סימן ר"ב כ' דק"ס מיקרי זכייה וכן מלאתי בתשובות הרשב"א כ"י בה' מתנת סימן מ"ו והיא סימן פ"ו וכן כתב מהרא"ד"ב וכן מוכח מדברי מהר"ס בתשובות השייכי לס' קנין סימן ל"ב ע"ש גם מהרח"ש ח"א סימן ע' הוכיח מדברי התוס' בגיטין דס"ה בד"ה לרור וכולי שהק' מדתנן בפ' מ"ש זכין לקטן וכולי דהא הכא אמרינן דזוכה לעלמו ותי' דהיא דזכין לקטן בקנין חליפין דאין מכחין עיין שס אלמא זכה אפי' ע"י קנין חליפין וכן נראה מדברי הר"ן עיין שס וכ"כ הרא"ש בפ"ב דכתובות בשס הרמ"ה והביאו מרן הב"י סימן זה גבי שוטה דאס הקנו לו בקנין או בחזקה ע"י אחר קנה קנין גמור עיין שס ואס כן נר' דנקטי' כדעת הני רבוותא דקנין סודר ע"י העדים מיקרי זכייה לקטן ותשו' הרשב"א היא בח"ד סימן רס"א וכ' שס דאפילו הקטן המוטל בעריסה זכי בקנין ע"י אחרים עיין שס ועיין במח"א ה' זכייה סימן ה' :

וראיתי לרב"א בתשובות סימן ל"ח שהוכיח מתשו' הרשב"א שכתב וז"ל ראובן היו לו ג' בנים ונתן לכל א' קרקע ידוע וסמוכי' על שלחנו ונפטר א' מהס ואלמנתו תובעת כתובתה וטוענת שאלים הפרקמטיא של בעלה וראובן אומר כי כל המטלטלין והמעות והפרקמטיא שלו שלא זיכה לבניו אלא מקלת קרקעות וכולי אס היו אונות ושטרות על שס אותו הנפטר הס שלו אע"פ שהיה נושא ונותן בתוך הבית דאימור מפירות קרקעות שנתן לו אביו וקמן וכולי וק' דהא הרשב"א ס"ל דאפילו שכירות ומעשה ידן הס של אב וא"כ אמאי האשה גובה כתובתה מכל אונות ושטרות שהס על שמו משו' דאימור מפירות קרקע שנתן לו אביו קמן אפילו כך היה של האב הס אלא משמע דס"ל דכיון (א"ה עכ"מ) :

וראיתי לה' שמחת יוס טוב סי' א' שכ' על המרדכי בשס גאון דיכו' להרשות לעבדו והביאו מרן הב"י סימן קכ"ג דלריך טעס מאחר דקי"ל דאין יד לעבד לקנות לעלמו מרבו אס כן כשכתב לו זכי לנפשך לא קנה ויכול הנתבע לומר לאו בע"ד דידי את ונלע"ד דס"ל כדעת הר' אלחנן דע"י אחר זוכה וגבי הרשאה מסתמא קנו אחרים מיד רבו שהעדים קונים מידו בסודר שלהס והו"ל כזיכה לו ע"י אחר ומהרא"נ"ח ח"ב סימן ב' כ' דהר' אלחנן יחיד ולע"ד דעת הגאון גבי הרשאה קאי כוותיה עס"ב ולא דק דהגאון מיירי בעבד דזוכה ע"י אחר ומהרא"נ"ח באשה שנתן לה בעלה דסובר הר' אלחנן דאס לא זיכה לה ע"י אחר לא קנת' קאמר דס' יחידאה היא אבל בעבד דס"ל דזוכה ע"י אחר אפשר דמודה וה' דברי אמת בקו' ז' דס"ג ע"ג הוכיח דמהרא"נ"ח ס"ל דק"ס לא מיקרי זכייה דנ"ד מתנה שנתן הבעל לאשתו בשטר ומסתמא היה כתוב בו וקנינא מיניה והו"ל קנין וזכייה ע"י אחר ומאי ק"ל מדברי הר' אלחנן הרי הוא הלריך זכוי ע"י אחר אלא ודאי ס"ל דק"ס לא מיקרי זכייה ולריך שיקנה המקנה בפי' כדי שיזכה בו לפ' ע"ש ועיין בתשובות רבני א"י בתשובות בס' גו"ר כלל ה' סי' ט' כ' דגס לדעת הר' אלחנן מודה בק"ס ע"י העדים דקנתה ע"ש ולא הרגישו בתשו' מהרא"נ"ח (א"ה עכ"מ) :

ט' דין ז' קטן שקנה קרקע וכולי כן מפורש בפ' י"ג גבי ההוא דקלא אזל רב ביבי אקניי לבנו קטן המ"מ וכתב הלכות יוס טוב דקל"ג ע"ג ולע"ד עוד ראייה מדאמרינן בפ' אז"ג גבי ההוא גברא דמשכן ליה פרדסא לחבריה וכולי אזל אקניי לבנו קטן עיין שס וכבר מהרש"ך ח"ב סימן רי"א הק' דמההיא דרב ביבי אין ראייה דל"ג לבנו קטן אלא לבנו סתס כמ"ש המ"מ בפי"ב מה' זכייה והו"ל להוכיח מעובדא דפ' אז"ג וגדחק לפרש כן כוונת המ"מ עס"ב וכן כתב מהרימ"ט חח"מ סימן כ"א וכן כתב ה' תפארת שמואל עיין שס אבל התוספות בבכורות דמ"ט בד"ה ודידיה וכולי נראה דס"ל דלא שייך קטן שקנה קרקע אס לא שנפל לו בירושה כמ"ש ה' הלכות י"ט שס וכן ראיתי בשטה לקידושין ד' י"ט שכתב וז"ל ובדידיה פשיטא לא דגדול הוא כיון שקנה אמה העבריה דאע"ג דהפעוטות מקחן מקח וממכרס ממכר במטלטלין עבדא כמקרקעי דמי ואפילו עבד עברי כדאמרינן בר"פ עיין שס נר' דס"ל דבמקרקעי אין מקחן מקח ועבד כקרקע דמי אפילו עבד עברי כדעת רש"י וכמו שהסכים הש"ך בסימן ל"ה עס"ב והיא דפ' י"ג אפשר דל"ג לבנו קטן אלא לבנו סתס כמ"ש רשב"ס שס והמ"מ בפי"ב מה' זכייה וכן מדאמרינן בפ' השולח גבי עבד אזל אקני' לבנו קטן שהביא מהרש"ך שס ומהרימ"ט ח"מ סימן כ"א עיין שס נ"ל דאינה ראייה דהא אמרי' התס דמיקמי' ליה אפטרופו' ומקרקש ליה זוזי וכתב ליה גיטא וכתב רש"י משוס דמקחו מקח וממכרו מכר במטלטלין וכ' ה' פרח מטה אהרן סימן כ"ט דס"ל דבדין דרבנן עבדים כמטלטלין וכן כתב ה' כנה"ג בתשו' סי' קע"ט וסימן ק"ף ע"ש וכן מה שתקנו חכמי' דהפעוטות מקחן מקח וממכרן מכר במטלטלין דין העבדי' כמטלטלין וכן כתב מהריט"א בס' קהלת יעקב דף י"ב עיין שס ואס כן אימא דבקרקע לא מהניא זכייה לקטן ודוקא במטלטלין תקנו דמקחן מקח וה"ה בעבדי' דדינס כמטלטלין בדין דרבנן אבל ק' מעובדא דפ' אז"ג וה' הלכות יו"ט שס כ' דה"ד במתנה דס"ל דאין הקטן זוכה כשיש דעת אחרת אלא במתנה שהיא זכות גמור אבל במקח דאפשר אס היה גדול לא היה חפץ לקנות לא וכמ"ש מור"ס בסימן קל"ה דהא דנקנה המקח שלא בפני הקונה ה"ד במתנה דודאי ניחא ליה אבל במקח שאפשר שאינו חפץ לקנות לא קנה וקטן כשלא בפניו דמי ע"ש ואין לריך דכבר כתב המ"מ ונר' דבמתנה קנה מדאורייתא דדוקא במקח שאין נתינתו בדמי' נתינה אין מעשיו כלוס מדאורייית' אבל במתנה אס זכו לו קנה מדאורייית' כיון שיש דעת אחרת והובא בב"י רש"י זה עיין שס וא"כ נראה דקרקע נמי נקנה לו במתנה מדאורייתא וכן מלאתי להרמ"ה הובא בספר אסיפת זקנים לכתובות דף ד' גבי בבר שטיא שקנה קרקע ומכרו דאמרינן כשהוא שוטה זבן וכשהוא בוטה זבין כתב וז"ל ולפיכך אס ירש או שנתן לו אחר במתנה אינו יכול למוכרס ולא ליתנס במתנה וכ' מ"ש דכי זבן מידי כשהוא שוטה דאמרי' דיכול לזבוני' וכו' ה"ט דזביני וכולי דכיון דבעי למיתב ליה זוזי למיכר ל"מ מוכר לזבוני ליה שלא כרלונו כדי לחייבו בדמי ואשהכת דדעתיה דלוקח נמי בעי ושוטה כיון דלית ליה דעת אין זכייתו זכייה גמורה אבל מתנה כיון דלא מחייב נפשיה בשוס מדעס זכות הוא לו וזכין לאדס שלא בפניו ומ"ה ל"מ מזבין ולא למיתב במתנה דאין חבין לו אלא בפניו ודוקא היכא דאקני ליה בקנין או בחזקה ע"י אחר אבל ע"י עלמו לאו זכייה גמורה היא ומלי מזבין וכולי עכ"ל הרי דס"ל דמתנה ע"י אחר זכייה גמורה לשוטה וה"ה לקטן אפילו לא הגיע לעונת לרור וזורקו וכולי דומיא דשוטה כמ"ש הרמב"ס בפ"ד מה' זכייה דין ז' דשוטה

דינו

דינו כקטן שלא הגיע לצרור וזורקו וכולי עיין שם וא"כ קטן אפי' לא הגיע לצרור וזורקו וכו' ושוטה שנתן להם במתנה ע"י אחר זכייה גמורה היא אבל במכירה דבעי' נמי דעת הלוקח לאו זכייה גמורה היא ואם כן ההיא דאקניי' לבנו קטן וכולי נראה דה"ד במתנה ע"י אחר כמ"ש הרא"ש בתשובו' כלל פ"ד סימן ב' דאקני היינו במתנה שנתנו לו בקנין מדלא קאמר זבוני וגם לבנו קטן לא היה מעות והוי כמו לא ליקני אינש לולבא ליתוקא שהוא לשון מתנה עיין שם אבל המוכר לקטן אימא דהמוכר נמי יכול לחזור דאינה זכייה גמורה וכן כתב הר"ן גבי בר שטיא דהמוכר יכול לחזור וכן כתב הרא"ה ושטה ישנה בספר א"ז שם וה"ה לקטן אבל הרמב"ם דס"ל דמוכר לקטן אין המוכר יכול לחזור ומשמע אפי' לא הגיע לצרור וזורקו וכולי נראה דה"ה לשוטה דאין המוכר יכול לחזור ואפ"ה אמרינן כשהוא שוטה זבן וכשהוא שוטה זבין וה"נ קטן שקנה יכול למכור דאמרי' כשהוא קטן זבן וכשהוא קטן זבין ולכך כתב הרמב"ם ומרן לעיל דקרקע שנתן לו במתנה או שקנה לו אפטרופוס וכולי דדוקא נתן לו במתנה דהוי זכייה גמורה וכן קנה לו אפטרופוס הוי זכייה גמורה אינו יכול למכור אבל קרקע שקנה הקטן בעצמו כיון דאם ירצה הקטן יכול לחזור לא הוי זכייה גמורה ואמרינן כשהוא קטן זבן וכשהוא קטן זבין דומיא דשוטה וכן כתב הסמ"ע סקי"ב עיין שם וכה"ג כתב הרמב"ם פ"ז מה' תרומות וז"ל חש"ו שקנו להם עבדים אינם אוכלים אבל אם קנו להם ב"ד או אפטרופים או שנפלו להם בירושה הרי אלו אוכלים והיא תוספתא פ"ט דיבמות עיין שם אלמא אם קנה להם אפטרופים אוכלי' בתרומה משום דהו זכייה גמורה ואין יכולים לחזור בהם אבל אם קנו הם בעצמם אין אוכלים בתרומה משום דלא הוי זכייה גמורה כיון שיכולים לחזור כמו שהאריך ה' מהרי"ט בספר קהלת יעקב די"ב אלא שכ' דמשמע שאם נתן להם במתנה אין אוכלים בתרומה דומיא דשוטה דקי"ל דשוטה אפילו בדעת אחרת אין לו זכייה ובשלמא קטן איכא למימר דמיירי בשלא הגיע לעונת צרור וזורקו דהוי דומיא דשוטה אבל חרש אם נתן לו במתנה שדעת אחרת מקנה יש לו זכייה מדאורייתא ואמאי לא יאכל בתרומה עכ"ב ולא זכר דברי הרמ"ה שכתבתי דס"ל דשוטה נמי אינו יכול למכור במתנה שנתנו לו משו' דיש לו זכייה דזכין לאדם שלא בפניו ואם כן אפי' קטן שלא הגיע לצרור וזורקו וכו' יש לו זכייה גמורה במתנה דומיא דשוטה וכ"נ מדברי הרמב"ם וכן כתב הרשב"א במיוחסו' וז"ל שנינו בגיטין בפ' המקבל ובה' זכייה ומתנה להר"ס קטן שנותנים לו צרור וזורקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים ואני שואל ראובן שנתן בקנין לפחות מזה קרקע וכתב לו שטר היזכה בקרקע או לא תשובה לא אמרו בפחות מזה שאינו זוכה לא לו ולא לאחרי' אלא על ידי עצמו לפי שאין לו יד כלל אבל בקנין על ידי אחרים א"כ במזכה לו על ידי אחרים דבר ברור הוא שזכין לו וכולי ואפשר דזכין להם דבר תורה כדמשמע בפ' הא"מ וכולי ואפי' לקטן המוטל בעריסה וכו' ע"ש הרי דס"ל דאפילו קטן המוטל בעריסה שנתנו לו קרקע בקנין על ידי אחרים קנה מדאורייתא ומשמע שכן דעת הר"ס ואם כן ק' אמאי חש"ו שנתן להם עבדים במתנה אמאי לא יאכלו בתרומה והרשב"א בחי' לקידושין ד' מ"ב הק' לדעת רש"י דזכייה מדין שליחות מההיא דפ' השולח דהוצרכו להעמיד לו אפטרופוס ולקרקושי ליה לינוקא בזוזי וא"א לכפייה לאב לכתוב לו גט שחרור דהא דידיה הוא דבר תורה וזכיית הקטן אינו אלא מדרבנן ואתי דאורייתא ומפיק דרבנן עיין שם ונראה דס"ל כדעת הרמ"ה שהביא ה' פרח מטה אהרן דאיסור דעבד בתר מנוגא אזיל ואם קנו אותו אחרים אפילו בתקנת' דרבנן יכולים להוציאו לחירות מדאורייתא עיין שם אלמא קנין דרבנן מהני לדאורייתא וכן כתב הריטב"א בחי' לע"ז דס"ג והודה לו הרא"ה גבי אתנן עיין שם וא"כ כיון דקטן יש לו זכייה מדרבנן וזכה בעבד אין האב יכול לשחררו ועיין בספר קהלת יעקב סוף די"ב שכ' דמתשו' הרשב"א סימן תתק"ז נראה דס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאוריית' ואלו בחי' בפ' המקבל ובפ' לולב הגזול שכ' ההיא דלא ליקני אינש הושענא לינוקא וכולי מתקיף וכו' ס"ל דזכייה מדין שליחות וכ"מ דאם הוא דבר שאין המקבלא יכול לעשותו הוא בעצמו שלוחו לא מצי עביד ליה ע"ש:

יו"ד דין ח' אבל בקרקע אין מעשיו כלום וכולי משמע דמקחו נמי אינו מקח וכן כ' הר' יונה בעליות בס' א"ז לבתרא וז"ל נ"ל דמקחו מקח נמי דוקא דאם אינו יודע בטיב מו"מ אין מקחו מקח במקרקעי וכולי וכן כת' כפי' מהר"י הלוי והטעם לפי שהשוו חכמי' מדותיהם כיון שאין ממכרו ממכר במקרקעי כך אין מקחו מקח וכו' וגבי חרש אמרינן קופץ ונקפץ במטלטלי אבל לקרקעות בין במקח בין בממכר לא וכו' ע"ש מיהו לדעת הרמב"ם ומרן אפי' קטן שקנה קרקע זכה ואף המוכר יכול לחזור בו כ"ש הכא דמקחו מקח ואין המוכר יכול לחזור אבל אפשר דיכול הוא לחזור כדין הקטן:

י"א עד שיהיה יודע בטיב מו"מ וכולי כתב הרמ"ה בפרק מ"ש סימן רק"ע גבי ההוא פחות מבן ך' דאזל וזבין נכסיה וכו' וז"ל שמעינן מהני מעשה דס"ל לרבא דקטן שהגיע לכלל שנותיו והביא ב' שערות וזבין נכסיה בדקי' ליה השתא לפי שעה אם יודע בטיב מו"מ כל דהו אפילו דלא סבר ממילא אלא דמסברו ליה וסבר ואף על גב דלא חזינן ליה דידע אלא חדא זמנא יודע בטיב מו"מ הוא וכו' אלא מיהו צריכין לברורי לך דכי מהניא בדיקא דהשתא למיהוי זביניה זביני למפרע ה"מ לטעמיה דרבא דסבר כל ספיקא כי השתא דיינינן ליה דס"ל כרבי נתן וכו' אם בריא הוא עליו להביא ראייה שהיה שכ"מ ואם שכ"מ עליו להביא ראייה שהיה בריא הכא נמי קסבר כיון דהשת' יודע בטיב מו"מ הוא וכבר אתברר דלית הילכתא כהאי סברא דרבא אלא הממע"ה הילכך לא מהניא בדיקה מכירה בהאי ענינא כל עיקר אלא אי איתברר דבשעת מכירה יודע בטיב מו"מ הוא ואפילו כל דהו דשיעור מאי דאיתברר ליה לרבא בהאי מעשה לאחר מכירה זביניה זביני ואי לא אתברר דמקמי מכירה יודע בטיב מו"מ הוא אף ע"ג דחזי' ליה השתא בתר מכירה דידע בטיב מו"מ לא הויה ראיה למפרע אלא אוקי ממונא בחזקת מריה קמא והממע"ה עכ"ל:

י"ב דין ט' או שנתן לו במתנת בריא וכולי דלא ממילא קאתיא ואי לאו דטרח קמיה לא הוה יהיב ליה מתנה ואם כן לא טרח קמיה מילת' דלא שכיח' היא ומילתא דלא שכיחא לא חיישי לה רבנן וכו' הרמ"ה בפרק מ"ש סימן קמ"ח עיין שם ונראה דמתנה דמהיום ולאחר מיתה דאינה ירושה אפילו בשכ"מ דינא כמתנת בריא ויכול למכור אפי' לא שייך ה"ט דאי לאו דטרח וכו' וה"ט דמילתא דלא שכיחא לא חשו לה רבנן: וכה"ג כ' הרשב"א ח"ב סימן קס"ג לענין דאין אלמנהו' ניזונת וז"ל ואף על גב דטעמא דמתנה וכולי ולכאורה

לא שייך ה"ט גבי יורש דבין כך ובין כך אדם נותן ליורשי' ואין להם פסידא כלל הפ"ה לא פלוג רבנן א"נ אפילו ליורש עצמו לא היה נותן לו בלשון מתנה אלא מניחו על דינו שהם אלא אם כן נהנה ממנו עיין שם וש"נ דבות' וכן מהנה במקלת דלריך קנין הוי כמתנת בריא ויכול למכור וכן כת' הפרישה וז"ל במתנת שכ"מ שהיא כירושה כי במתנת שכ"מ בכולה לא בעי קנין לא קנאו בחייו ואם עמד חוזר אבל אם לא היה בכולה בעי קנין ולא מיקרי מתנת שכ"מ אלא מתנת בריא ע"ש :

י"ג אבל קרקע שירש מאביו וכולי אם ירש מאביו עבד יכול למוכרו דעבד כמטלטלין לענין זה אבל פחות מבן י"ג מדאורייתא אין מכירתו מכירה אלא מדרבנן משו' כדי חייו הא קי"ל דעבד כקרקע' בדין תורה מיהו אפשר דלא חי' בין קודם שהגדיל בין אחר שהגדיל הרב בית יהודה סימן י"ב עיין שם והר' כנסת הגדולה בתשו' סש"י רי"ו כתב וז"ל והשתא למ"ד עבד כמקרקעי דמי במילי דאורייתא וכ"ש למאן דאמר אפילו למילי דרבנן עבד כמקרקעי אם קטן פחות מבן עשרי' מכר עבד שירש מאביו לא עשה ולא כלום כיון דאוריית' ובמילי דאורייתא עבד כמקרקעי דמי וכולי אבל למאן דאמר דעבד כמטלטלין דמי אפי' במילי דאוריית' אם מכר קטן מבן י"ג ומעלה פחות מבן עשרי' עבד שירש מאביו ממכרו ממכר וכולי וכון דאיכא פלוגתא דרבוותא יכול המוחזק לומר קי"ל וכו' ע"ש ומ"ש למ"ד עבד כקרקע דמי במילי דאוריית' לא עשה כלום כיון דמכירה דאוריי' לא דק דמבן י"ג ומעלה מכירתו מכירה מן הדין אפי' בקרקע שירש מאביו אלא מן התקנה אמרו ומה"ט כת' הרשב"א בתשוב' ח"ג סימן קכ"א דשעבודו שעבוד דלא אמרו אלא מכר כדי שלא ימכור כל נכסי אביו ולא מן הדין הוא זה אלא מן התקנה ולא תקנו אלא במלוי וכו' עיין שם ואם כן למ"ד דעבד' כמקרקעי דוקא בדאוריי' אבל בדרבנן הוי כמטלטלין ודאי דיכול למכור עבד שירש מאביו אלא אפי' למאן דאמ' דאפי' בדרבנן עבד כמקרעי אפשר דהכא לא תקנו משום דאינו מלוי :

י"ד אבל קרקע שירש מאביו וכו' א' שירש מאביו קרקע ומכרו בהשכה לזמן כדי לפרוע חוב של אביו ושוב חזר והביא עדים שהוא פחות מעשרים נראה דיכול לחזור דהגמ"ר בפרק חזקת הבתים כ' דהא דאמרי' למכור בנכסי אביו עד שיהא בן ך' ה"מ שמוכר לצורך הולאות אבל לפרוע חוב אביו מוכרים ב"ד מי"ג ואילך וכולי והובא בב"י וכתב הכנה"ג אות כ"ב הגב"י לכאורה נראה דמלת ב"ד ט"ס דמבן י"ג ואילך אין עסק לב"ד וכו' ונראה להגיה אבל לפרוע חוב אביו מוכרים מבן י"ג שהם עלמם מוכרים בנכסי אביהם מבן י"ג ואילך לפרוע חוב אביהם אבל ראיתי בהגהות מהר"ם מטיקסי שלא הגיה כלום וכתב הנוסח' מוכרים ב"ד מי"ג ואילך וכ"כ ה' המפה וא"ל דה"ק כיון דהוא לפרוע חוב אביהם כל שהם מבן י"ג כופין אותם ב"ד לפרוע חוב א' עיין שם ונראה דס"ל דאפי' לפרוע חוב אביו אינו יכול למכור קרקע שירש מדעתו אלא אם כן ב"ד כפו אותו לפרוע חוב ומור"ם ס"ח כתב זה במוכר קרקע שלו דאפילו מי"ג ואילך אין מעשיו קיימים אם אינו יודע בטיב מו"מ דה"ד במוכר עלמו אבל ב"ד מוכרי' לפרוע חוב אביהם אלמא אפי' אינו יכול למכור בעלמו בית דין מוכרים לפרוע חוב אביהם וה"ה בקרקע שירש מאביו דוקא בית דין מוכרים לפרוע חוב אביהם אבל הוא אפי' יודע בטיב מו"מ אינו יכול למכור בעלמו והי משו' דמכר בהשכה לזמן לכאורה נראה דאפי' שכירות דהוי כמכר כמבואר בדברי הרמב"ם והראב"ד פכ"ט מהלכו' מכירה וכמ"ש המ"מ גבי או השכיר וכו' דשכירות ממכר ליומיה הוא ואין ממכרו ממכר במקרקעי ומכאן שאם השכיר הקטן בית לידור אין מעשיו כלום וכ' הדרישה אף על פי שיש לחלק דדוקא במכר להיות יולא מתחת ידו דקנין עולם הוא דאינו יכול משא"כ זה דלא תלא מתחת ידו אלא להקנות על ידי מטלטלי' מכל מקום לא פלוג רבנן עי' שם והכא נמי בפחות מבן עשרים בקרקע שירש מאביו כיון דאין ממכרו ממכר ה"ה בשכירות דהוי כמכר ואין מעשיו כלום מה"ט דלא פלוג רבנן ולשון הרמב"ם והטור ומרן בסימן סע"ו כל שממכרו ממכר בנכסיו בשכירותו שכירות וכל שאין לו למכור אין לו להשכיר ע"ש בהסמ"ע משמע אפילו בפחות מבן עשרים דאין לו למכור בקרק' שירש מאביו אין לו להשכיר וכ"כ הפרישה שם דבכלל זה קטן שאינו יכול למכור עד שיגיע לי"ג שנים או לעשרי' בקרקעות וכו' עיין שם וכן ראיתי למהרש"ך בתשו' ח"ב סימן מ"ב דשכירות ומשכנתא שעשו פחות מבן עשרים בנכסי אביו בטלים עיין שם מיהו מרן הב"י מחו' ך' כ' תשו' הרשב"א בנשאל אם קטן יכול לשעבד נכסי אביו והשיב שעבודו שעבו' ולא אמרו אלא מכר וכו' ולא קטן ממש אלא פחות מעשרים בנכסי אביו והשוב' הרשב"א בחלק שלישי סימן קכ"א וז"ל שעבודו שעבוד ולא אמרו אלא מכר כדי שלא ימכור כל נכסי אביו ולא מן הדין הוא זה אלא מן התקנה וכו' ואמרו שמתנתו מתנ' כדי שימלא בני אדם שעושין עמו דברים של חסד וכל שכן בשעבוד שאם א"א עושה כן נמלא נועל דלת בפניו שלא ימלא מי שילונו וימכור לו ולא שיקח ממנו אף שאר דברי' אם אין אחריות הלואתו ומכירתו על נכסיו וכולי עכ"ל אם כן מבן י"ג ואילך בנכסי אביו דאינו מן הדין אלא תקנה ומה"ט מתנתו מתנה דאוקמו' אדינ' כדי שלא תנעול דלת הכא נמי שעבודו שעבוד משא"כ קטן דמן הדין אינו יכול למכור ולא ליתן בקרקעות הכא נמי שעבוד שכירו' דהוי כמכר וכבר אי' כן הרב כנסת הגדולה הגב"י אות כ"ח עיין שם וראיתי למהריק"ש בס' ערך לחם שכתב וז"ל להשכיר קרקע שירש מאביו קודם שיהא בן עשרים נראה שמעשיו קיימים ק"ו הוא ממה שיכול לשעבד וקלת משמע כן בתשו' הריב"ש סי' קס"ח וכו' ועיין סי' סע"ו דין ב' שכר' שאינו יכול להשכיר ואפשר דהתם לא בדין קטן עסיקי' ע"כ הרי דיכול להשכיר ומ"ש דבסי' סע"ו לא בדין קטן עסיק לא דק דקטן נמי אינו יכול להשכיר אבל בן י"ג בנכסי אבוי דאינו אלא תקנה יכול להשכיר וכל שאין לו למכור בכלל זה קטן דמכירתו בטילה מן הדין אבל בן י"ג בנכסי אביו דאינו אלא תקנה יש לו להשכיר ולמשכן ומכל מקום נראה דמוכר בהשכה לזמן כיון שילא מתחת יד הקטן והגוף והפירות של הלוקח אין ממכרו ממכר ולא דמי למשכונה ושכירו' דלא יצא מרשותו וכפ' הע"פ אמרינן האומר לחבירו שדה זו שמכרתי לך לכשאקחנה ממך תקדש לא קדשה מתקיף לה ר"פ מי דמי התם גופה ופירא בידה דלוקח הכא וכולי הא לא דמי אלא לאומר לחבירו שדה זו שמשכנתי לך לכשאפדנה ממך תקדש דקדשה וכו' אלמא במכירה דהגוף והפירו' ביד הלוקח לא קדשה אבל ממושכנת כיון דהגוף ברשות מקדיש קדשה ונראה דה"ה במכירה לזמן דהוי בחזקת הלוקח והרב בס' א"ז שם כ' וז"ל יש לדקדק קלת למה ליה למינקט שמכרתי מהי רבות' איכא כיון שכבר מכרה לא הו"ל למימר אלא שדה זו כשאקחנה ממך וכו' דמ"ל

כשהיתה

כשהיתה שלו מעיקר' או מכרה או כשלא היתה שלו מעול' וי"ל דהכא מיירי שמכר השדה לחבירו והתנה המוכ' ואמ' ללוקח כשיהיו לי מעות החזיר לי קרקע זו והיינו דקאמר כשאקהנה ממך וכו' ואף על גב דהפירות של המוכר וכמו שפסק הרמב"ם בפי"א מהלכו' מכירה אפ"ה אתקיף ליה שפיר רב פפא מי דמי התם וכולי וה"ט דהמוכר אוכל פירות לפי שאנו חוששין שמא המוכר יביא המעות ונמלא שאכל לוקח שכר מעותיו לפיכך המוכר אוכל פירו' ומדין רבית נגעו בה אבל כל שלא הביא מוכר מעות גופא ופירא בידא דלוקח וכו' הרי דמיירי במוכר לזמן ואפ"ה לא קדשה כיון דגוף ופירות ביד לוקח בזמן שלא הביא המוכר המעות וכ"ש מכר בהטבה כדין דהגוף והפירות ללוקח :

ט"ו און מאחר מורישיו וכו' כתב הטור וכת' הרמ"ה איכא מרבוות' דאמר דוקא בנכסי אביו דשכיח עבוד רבנן תקנתא שלא ימכור עד שיהא לו עשרי' ולא בנכסי באר מורישיו וכתב הוא שאין חי' בין נכסי אביו לשאר מורישיו וכו' וז"ל הרמ"ה בפ' מי שמת סי' קל"ח וחזי' למקצת רבוותא מ"ד דהאי דינא דאמור רבנן גבי נכסי אביו לאו בנכסי אביו דוקא אלא ה"ה לנכסי שאר מורישיו דכולהו חד טעמא ניהו ומילתא ל"ע דדילמא גבי נכסי לביו דשכיח תקנו רבנן גבי נכסי שאר מורישי׃ דלא שכיח לא תקנו רבנן עכ"ל אבל בסימן קמ"ח דף רל"ו עמוד שני כת' וז"ל ומסתברא דה"ה לנכסי' שנפלו לו בירושה מאחר מורישיו דחד טעמא ניהו אלא דברו חכמים אלא בהווה וכ"כ עוד בדף רל"ז אבל במקרקעי דירית מאבוה וה"ה מאחר מורישיו וכולי עיין שם הרי שכתב הרמ"ה שמקצת רבוותא ס"ל דה"ה שאר מורישיו והוא נסתפק בזה אלא דמסברא כ' דאין חי' והרשב"א ס"ל דאב דוקא אבל הרמב"ם והרמ"ה ובעל העיטור ס"ל דאין חי' וכן הסכים הר"ן והריב"ש סימן קס"ח הובא בב"י והתימא על מהרשד"ס סימן רמ"ג שכתב דנראה דה"ה שאר מורישיו שהרי ר"ת כ' אפי' קנה הוא קרקע אינו יכול למוכרו ודי לנו שלא נקבל דברי ר"ת וכל שכן דזיל בתר טעמא מ"ל אבוה ומ"ל יורש ואדרבה נראה דרבותא טפי מאבוה דהו"ל כאלו קנאו הוא עצמו אבל לא נעשה מחלוקת שני' דאפילו ירש מאביו ימכור ע"ש ולא זכר שהרשב"א ס"ל דוקא ירושת אביו תקנו ולא תקנו בירושה אחרת דלא שכיח אבל כל הפוסקים סבירא להו דאין חי' :

ט"ז אין ממכרו ממכר וכולי ואם קבל אחריות עליו חייב בכל הפסד שיגיע לקונה מחמת ביטול מכירה זו הרשב"ץ ח"ג סי' ס"א עיין שם :

י"ז אחים שבאו לחלוק קרקע שירשו מאביהם וא' מהם פחות מבן עשרים יכולים לחלוק בשוה אבל אם הקטן נוטל חלק קטן וצריך הגדול נותן דמים לקטן הוי כמכר הרב בית דוד סימן קי"ט ע"ש ועיין בס' עדות ביהוסף סימן מ"ט דל"ח ול"ט :

י"ח עד שיהא בן עשרי' שנה שלמות וכו' כ' הסמ"ע ולא אמרינן בזה מקצת שנה ככולה ולזו אמרו בגמר' דעד שנת ך' כלפני ך' עיין שם וכר' דבעי' שלמות מע"ל ואפי' בערב ראש השנה של שנת כ"א אינו יכול למכור אבל הרשב"ש בס' תקון סופרים סוף שער י"ג כ' דאין צריך להיות שלמים דהא בגמר' מדמינן לה למאי דתנן בן עשרים שנה שלא הביא שתי שערות יביאו ראיה שהוא בן ך' וכולי והתם פסק הרמב"ם דסגי בך' שנה פחות ל' יום והראב"ד ס"ל דנכנס ל' יום בשנת ך' סגי וכן הסכים הטור א"ה סימן קנ"ה והגיה כן בהר"ש עיין שם ודבריו תמוהים דהא פסקי' הילכתא תוך זמן כלפני זמן וכבר כתב הרמ"ה בפ' מ"ש סימן קנ"ג וז"ל ואי ק"ל לך הא דגרסי' התם תניא ר"י ן' כיפר אומר משום ר"א שנת ך' שילאו ממנה ל"י הרי שנת ך' לכל דבריה וכולי שאני התם דלענין סימני קאי וכולי וה"ה הכא למכור בנכסים בין בנכסיו בין בנכסי אביו דקי"ל דכל מה דלא אייתי שתי שערות לא מלי מזבין אא"כ נתברר שהוא סרים שאם נולדו בו סימני סרים בשנת ך' או קודם לכן כיון שילאו ל' יום משנת ך' ולא הביא שתי שערות הרי זה כסרים לכל וכי איפסיקא הילכתא הכא דתוך זמן כלפני זמן וכולי למכור בנכסי אביו קאמרי' אע"ג דתוך ך' לענין סימני סרים כלאחר ך' דמי וכולי אבל למכור בנכסי אביו לאו בסימני גדלות תליא מילהא אלא בשנים נמי תליא מילתא דקי"ל לרבנן דאין אדם עומד על דעתו עד שיהא בן ך' שנה הילכך אפילו שלא נשתייר הימנה אלא שעה א' כלפני ך' ואי זבין בנכסי אביו לא הוו זביניה זביני ואיפרק קו' כהוגן עכ"ל הרי בהדיא דס"ל דלענין סימנים הוא דאמרינן דמשנכנסו ל' יום בשנת ך' הוי כסרים לכל דבריו אבל למכור בנכסי אביו בעי' ך' שנה שלמות ואפילו פחות שעה א' אין ממכרו ממכר וכן לשון הטור כאן עד שיהא בן ך' שנה שלמים וכן לשון הרשב"א בתשובות הביאה ה' כנה"ג אות מ"ב בן ך' מע"ל וכה"ג כ' הטור ומרן ר"ס ל"ה קטן פסול להעיד עד אחר י"ג שנים גמורות וכתב הסמ"ע רולה לומר י"ג שנים שלמות דלא תימא כשהוא ל' יום בשנת י"ג הרי הוא כשנה עיין שם מיהו דלא בעי' מע"ל בשעות אלא בימים כמ"ש אחרונים שם והרשב"א שכתב כאן בן ך' מע"ל היינו בימים ואין צריך להשלים מע"ל בשעות וכן כתב בהדיא הריב"ש סימן תס"ח עיין שם :

י"ט אם הגנו לו ב"ד קרקע בחוב איכא מ"ד דיכול למכור דדינו כמטלטלין וכ"ל שאינו רשאי לפי הטעם שאמרו משום דמקרבא דעתיה לגבי זוזי וכו' ה' בית יהודה סימן ל"ד עיין שם וה' זרע יעקב סימן ל"ד הסכים עם איכא מ"ד עיין שם וכן כ"ל עיקר שהרי כתב הר"ן בס"פ מליאת האשה וז"ל וא"ת ואע"פ שהיה רולה למכרה היאך היא מכורה דהא אמרינן בפ' מ"ש שאין הבן רשאי למכור בנכסי אביו עד שיהא בן עשרים י"ל ה"מ בקרקע שהיה מאביו אבל שדה זו אע"פ שבמעו' אביו לקחו אותו מ"מ לא היה מאביו אבל הראב"ד וכו' במתנה שהאב ניתן לבנו לא וכולי עיין שם אם כן לדעת הר"ן אם קנה קרקע מנכסי אביו יכול למכור וז"ל מהר"ם ב"ב בתשו' סי' תקל"ו הילך ל' ר"ם בפ' מ"ש וז"ל דוקא בנכסי אביו אבל בנכסים שנתנו לו במתנה או שקנה מטלטלין שאינו ירושת אביו וכו' ולפי שלשונו קלא שתוס אפרשנו שקנה מטלטלין שלו בין שירשו לו בין שקנאם למטלטלין הללו דגבי' אין חי' איך באו לידו רשאי לעשו' בהם מה שירלה משהגיע לכלל שנותיו ושאינה ירושת אביו קאי אנכסי דרישא דמילתא דהיינו קרקעות וה"ק או שהקנ' נכסים במטלטלין שנתן עבור קרקע שקנה ולא נתן קרק' שירש בקרקע שקנה דזה לא יכול לעשות עד שיהא בן עשרים עכ"ל הרי דס"ל דאפי' מטלטלין שירש מאביו אם קנה בהם קרקע יכול למוכרו ואפשר דגם הראב"ד שתי' דמשו' מתנה היא מפ' מתני' דקתני לא יהא אלא דשדה ר"ל לא יהא אלא שהניח לו אביהם שדה כמ"ש הריב"ש סי' שע"א שכן מפרש לה הרשב"א ע"ש אבל אם לקח מהמעו' שדה

אפשר

אפשר דמודה הראב"ד דיכול למכור אבל הרמ"ה בפרק מ"ה סי' קמ"ח כתב וז"ל אפילו בנכסי אביו נמי דוקא דנפלו לו בירושה אבל במתנה כנכסי עצמו דמו תדע דבהדיא תנן בכתובות בפ' מציאת האשה המשליש מעות לבתו והיא אומרת נאמן בעלי עלי יעשה שליש מה שהושלש בידו דר"מ א"ר וכי אינה אלא שדה והיא רוצה למכור הרי היא מכורה מעכשיו וכו' דש"מ אפי' נתן לה אביה שדה או מעות ליקח בהם ולקחו בה שדה והיא רוצה למכרו משגדלה הרי היא מכורה מעכשיו וכולי עיין שם משמע דסבירא ליה דבירושה אפי' הניח לה מעות ולקחו בה שדה אינו יכול למכור והתם משום דמתנה היא ומכל מקום דעת מהר"ם והר"ן והריב"ש דאם הניח לו אביו מעות ולקחו בהם שדה יכול למכור דהוו כנכסי עצמו והכא נמי אם הגבו לו בית דין קרקע בחוב הו"ל כקנה קרקע במעות שהניח לו אביו דבפ' כל שעה פרכי' לרבא דאמר בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה מדאמרי' יתמי' שגבו קרקע בחובת אביהם וכולי בעל חוב חוזר וגובה אותה מהם וא"א מכאן ולהבא הוא גובה אמאי חוזר וגוב' אותי מהם הא הוי כזבין יתמי נכסי דמי וכו' עיין שם וה"נ כהניח להם מעות וקנו בה קרקע דמי :

כ' להלוק בנכסי אביו יכול לחלוק הקרקעות מבן י"ג מהר"י ן' מיגש בתשו' סימן קנ"א עיין שם וכן כ' רבינו ירוחם ופסקו מור"ם סימן רפ"ט עיין שם :

כ"א כתב בעל התרומות שער מ"ו דקטן בפחות מבן עשרים שמכר בנכסי אביו אף על פי שיכול לחזור המעות שנתן דין מלוה בשטר יש להם לטרוף ממשעבדי עיין שם אבל הרשב"א בתשו' ח"ג סי' קל"א כ' דאינו גובה אלא מנכסי בעל חוב והביאו הב"י עיין שם ולדידיה נאמן לומר פרעתי כמבואר בסימן ע' עיין שם :

כ"ב כתב מהר"ם צרור בספר פרי צדיק סימן ח' דאינו דוקא כשהקטן לבדו מוכר אבל אם גדול שותף עמו ומכר כל הקרקע דגם חלק הבן על דעת גדול הוא דמכר קיים עיין שם ואין נראה כן (אמר המגיה עד כאן מצאתי) :

כ"ג נראה דאין הפרש בין בת לבן דבעינן עשרי' הרשב"ש שם וכן מבואר בתשו' מהר"י ן' מיגש סי' קנ"א וכדברי הרמ"ה שכתבתי לעיל וכן כ' מהרימ"ט סי' ל"ח עיין שם והריב"ש סימן שע"א הוכיח כן והרשב"א שכ' דבת אינה בכלל הבן יחיד הוא בדבר עיין שם :

כ"ד כתב ה' מח"א בהלכות קנין מעות סימן י"ג דפחות מבן עשרים שמכר קרקע שירש מאביו לאחר שיבא לכלל ך' ונתן לו הקונה מעות לכאו' נראה דקנה הלוקח לאחר ך' אפילו נתאכלו המעות דדומה לאומר לאשה לאחר שלשים יום דמקודשת אפילו נתאכלו המעות וכ"ת התם שאני משום דבידו לקדשה מעכשיו הא ליתא דבפ' ב"ש גבי קטנה שנתקדשה וגדלה דאמר רב דגדלו קידושיה עמה כתב הנ"י בשם הרשב"א דמקודשת היא במעות שקבלה דהוי כאלו אמר לה התקדשי לי לאח' שתגדלי דמקודשת וכו' ושוב ראיתי שדין זה פלוגתא דרב ושמואל בפרק יש בכור והתוס' יא"ז פסקו כשמואל וכ' התה"ד שכן נראה עיקר לפי גירסא שלנו דגרסי' והילכת' כוותיה דשמואל והריטב"א גם כן הכי סבירא ליה בפר' קמא דמציעא עיין שם וראיתי לה' משנה למלך בפ' ד' מהלכות אישות שנסתפק בקטן שקדש אשה ואמר לה הרי את מקודשת לי לאחר שאגדל וכת' דעת התוס' ביבמות דל"ד דאין יכול לקדש כשהוא קטן אפי' אומר שלא יחולו הקידושין אלא לאחר שיגדל וגם רש"י שם דוקא כשקדש ביום שנשלם יום י"ב לנקבה ויום י"ג לזכר מהנו הקידושין משום דכבר הביאו שתי שערות אלא שחסר הערב שמש וזמן בודאי יבא ממילא אבל חסרון שערות חשיב כמחוס' מעשה עיין שם באורך ובזה ניחא מה שק' לי על רש"י מדאמרינן בפר' מי שמת וכיון דבדקנו לקידושין לגירושין למה ליה לא צריכא אלא ליבום וכו' ואמאי לא מוקי לה בקטן שקדש שיחולו לאחר שיגדל דאם לא יהיו גירושין בגדול חיישינן כשיגדל דחלו הקידושין אלא דקטן אינו יכו' לקדש אפילו לאחר שיגדל כל שלא הביא שתי שערות אך קשה לדעת הרשב"א והנ"י דסבירא להו דאם אמר לקטנ' הרי את מקודשת לי לאחר שתגדל מקודשת אמאי לא מוקי ההיא דבודקין לגירושין בקטנה בה"ג אל"ל דחדא מנייהו נקט וכי האי גוונא כתב מהרא"נ"ח ח"א סי' מ"ז לדעת מהריק"ו עיין שם ואפשר דרש"י סבירא ליה דרב מוקי מתני' כר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעול' כמו שכ' הריטב"א בחי' שם וכל שכן דרב גופיה סבירא ליה כר"מ בפר' קמא דמציעא עיין שם ועוד בפר' יש בכור סבירא ליה לרב דהפודה את בנו בתוך שלשים יום שיחולו לאחר שלשים יום אפילו נתאכלו המעות בנו פדוי כמו בקידושי אשה ושמואל אמר התם בידו לקדשה מעכשיו הכא אין בידו לפדותו מעכשיו ואם כן אפשר לומר דהכא נמי סבר רב דיכול הקטן לקדש אשה לכשיגדל דאף על גב דאין בידו לקדשה מעכשיו חלו הקידושין לכשיגדל ובפרק מי שמת גבי בודקין לגירושין דלא מוקי לה בהכי משום דשמואל אמרה ושמואל סבירא ליה דאין בנו פדוי כיון שאין בידו לפדותו והכא נמי כיון שאין בידו לקדשה מעכשיו לא חלו הקידושין לכשיגדל ונראה דרב אפילו למאן דאמ' אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם קאמר דבנו פדוי שהרי התוס' בקידושין דף ס"ג בד"ה כגון וכו' וז"ל וכדבר שבא לעולם לא מצרכינן לומר מעכשיו דהא אמרי' במתני' הרי את מקודשת לי לאחר ל' יום ובא אחר וקדשה מקודשת אף על גב דלא אמר מעכשיו עיין שם אלמא קידושין לאחר שלשים יום הוי דבר שבא לעולם ורב מדמי פדיון הבן לקידושין ואף על גב דרב סבירא ליה כר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם כדאמרי' בפרק קמא דמציעא ושמואל סבירא ליה דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כדאמרינן בפר' אף על פי דסבירא ליה דאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם עיין שם וא"כ בפרק יש בכור הוה מצי למימר דלכולי עלמא לא מדמינן פדיון הבן לקידושי אשה אלא דרב לטעמיה דסבירא ליה דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם ושמואל לטעמיה דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ומכל מקום נראה שדין זה תלוי בפלוגתא דרב ושמואל והרמב"ם פר' י"א מהלכות בכורים והסמ"ג עשין קמ"ד והרא"ש והטור ומרן בי"ד סי' ש"ה פסקו דאם אמר לה לאחר שלשים יום בנו פדוי אפילו אין המעות קיימים עיין שם בהש"ך ס"ק י"ט ואם כן פחות מבן עשרי' שמכר ירושת אביו לאחר ך' לדידן דקיימא לן כרב דבנו פדוי הכא נמי מכירתו מכירה דל"ל דלא פסקי' כרב אלא התם דמיקרי איסורא אבל בדיני קיימא לן כשמואל שהרי כ' הרא"ש בפר' שור שנגח ד' וה' וז"ל ויש מן הגדולים שאומרים דכיון שלא נחלקו בנגיחו' אלא בוסתות ובעיקר פלוגתייהו הלכה כרב הכא נמי הלכ' כרב וכן דעתי נוטה דמאיזה טעם וכו' וכן רב היה רגי' לדקדק בהוראת איסור והיתר לכך סמכו הוראותיו לענין איסור

איסור והיתר וכיון שנחלקו בוסתות ונגיחות ווסתות טעם אחד להם ע"כ סמכינן הא דרב בתרוויהו ע"כ והכא נמי גם לטעם שכ' הרא"ש שם דקיימא לן כרב באיסור כיון דעיקר פלוגתייהו באיסור וקיימא לן כרב לענין ממונא נמי קיימא לן כוותיה וכל שכן לטעם אחר שכ' הרא"ש והרמב"ן דהלכה כרב משום דברייתא מסייעא ליה התם ע"ש דודאי אפי' בממון קי"ל כוותיה אבל קטן שלא הביא שתי שערות ומכר קרקעותיו לכשיגדל או פחות מבן ך' שלא הביא שתי שערות שמכר ירושת אביו לאחר עשרי' ולא יש לו סימני כרים אלא שאחר כך הביא ב' שערו' אין מכירתו מכירה דחסרון שערות חשיב כמחוסר מעש' מיהו הפש' לו' דשאני גבי פדיון דאינו מחוסר אלא זמן אבל קטן שקדם שינוי דעת וגוף מקטן לגדול הוה ליה כמחוסר מעשה וכי האי גוונא אמרינן בפרק האומר כל שבידו לאו מחוסר מעשה אלא מעתה הנותן פרוטה לשפחתו ואמר לה הרי את מקודשת לאחר שאשתחרך הכ"נ דהוו קידושין הכי השתא התם מעיקרא בהמה השתא דעת אחר' והכא נמי מעיקרא קטן והשתא דעת אחרת וכן ראיתי לה' קרית מלך רב ח"א בתשו' סי' כ"א שדחה כן עיין שם ואם כן נראה דפחות מבן עשרים שמכר לכשיגדל בן עשרים דאיכא שינוי הגוף ודעת אחרת מפחות מבן ך' לבן ך' כמחוסר מעשה :

כ"ה פחות מבן עשרים שמכר בנכסי אביו קרקע ומת פחות מבן ך' כ' המבי"ט ח"ב סי' קל"א וז"ל מהאות מעשה בא' שמכר בנכסי אביו ומת ובאו בני משפחה וערערו לומר קטן היה וכו' נראה שאם היה קטן פחות מבן ך' נמי שהיו יכולים היורשים למחות אף על גב דהתם מיירי בקטן ממש שמכירתו בטלה אפילו הכי וכו' עיין שם ולא דק דבבתרא דקנ"ה מבואר דמיירי בפחות מבן ך' דפריך מינה למ"ד מאימתי מוכר בנכסי אביו מבן ך' מהך ברייתא דכי בדקו ליה מאי הוי וכו' עיין שם :

כ"ו דין יו"ד מתנתו וכו' הרב כנסת הגדולה אות כ"ה הסכים עם מהרש"ג שכ' שדעת הרשב"א דאפילו מתנה אינו יכול ליתן נכסי' שירש מאביו כדעת הראב"ד ומ"ש ר' ירוחם אחר דברי הראב"ד ובן מיגש כ' דה"ה נכסי אביו במתנה וכן הרשב"א ר"ל דגם בן מיגש והרשב"א סבירא להו דה"ה בנכסי אביו במתנ' דאינו יכול ליתן ונדחק במ"ש אמימר ומתנתו מתנ' עי' שם באורך וז"ל הרמ"ה בפ' מ"ש סי' קמ"ז אמר אמימר מתנתו מתנה ולמקרקעי קאי דאף על גב דאינו יודע בטיב מו"מ כיון שהגיע לכלל שנותיו והביא סימני' מתנתו מתנה וממאי דגבי בן י"ג שנה ויום אחד שהביא שתי שערות ואינו יודע בטיב מו"מ דהכי שמעתא דרב הונא בריה דר"י ודמר זוטרא ודאמימר כולהו אדגידול דר' מנשה קיימי וכו' ומסתברא דה"ה נמי בנכסי אביו כיון שהגיע לכלל שנותיו והביא סימנים אף על גב דלא ידע בטיב מו"מ ולא הוי בן עשרים מתנתו מתנה וכולי וכי היכי דגבי בן י"ג ויום אחד שהביא סימנים היכא דאין יודע בטיב מו"מ אף על גב דזביני' לאו זביני אפילו בנכסי עצמו מתנתו מתנ' הכא נמי בנכסי אביו וכו' עכ"ל הרי דס"ל דאמימר מיירי בנכסי עצמו דאינו יכול למכו' אפי' בן י"ג והביא סימנים אב אינו יודע בטיב מו"מ דקאי אגידול רב מנשה וקאמר דמקרקעי מתנתו מתנה וכ"כ בתשו' מהר"ם האלרוכות סימן תקמ"ז ובמרדכי בפ' מ"ש עיין שם אלא דמסברא אמר הרמ"ה דה"ה בנכסי אביו אבל מהר"י ן' מיגש והראב"ד והרשב"א סבירא להו דדוק' בנכסי עצמו מתנתו מתנה ולא בנכסי אביו אבל הא ליתא וז"ל מהר"י בן מיגש בחי' דקנ"ה והא דאמרינן לענין נכסי אביו עד שיהא בן עשרי' דוק' לגבי מכר כדאמרי' ולמכור בנכסי אביו אבל לענין מתנ' דין נכסי אביו ודין נכסי עצמו שוין שאם הוא בן י"ג שנה ויום א' והביא שתי שערות מתנתו מתנ' בנכסיו כך מתנתו מתנ' בנכסי אביו עכ"ל ובתשוב' סימן ע"ב נשאל במי שנתן נכסי' אביו שמתנתו בהם מתנה אם היה בן י"ג והביא שתי שערות ואין ממכרו ממכר אלא אם כן היה בן עשרים שנה אם נדון מתנתו כמכר כשקבל בה אחריות וכולי ומסקנתו שם דאפי' קבל עליה אחריות מתנתו מתנ' וכן כתב הרשב"א בתשוב' חלק שלישי סימן קכ"א ע"ש הרי דמהר"י בן מיגש והרשב"א סבירא להו דיכול ליתן נכסי אביו ואם כן מ"ש רבי' ירוחם בשמם דה"ה נכסי אביו במתנה ר"ל דבמתנ' אין חי' בין נכסי אביו לנכסי עצמו דאפילו נכסי אביו יכול ליתן וכן ראיתי למהרש"ג בספ' משפטים ישר"ס סימן ע' שכתב וז"ל ואף על פי וכולי שראיתו לבעל המישרים שכתב שדעת הרשב"א כדעת ה' בן מיגש דבנכסי אביו מתנתו מתנה כמו בנכסי עצמו וגם בסימן ת"י בחלק תמים דעים עלה ס"ב כ' הראב"ד להפך מ"ש בעל המישרי' דאפי' בנכסי אביו מוכר כשהוא בן י"ג ויודע בטיב מו"מ וכ"ש שמתנתו מתנה מ"מ וכו' עיין שם הרי שהבין דברי ר' ירוחם כפשטן דמהר"י ן' מיגש והרשב"א סבירא להו דמתנתו מתנה כמו בנכסי עצמו הם כן דעת מהר"י בן מיגש והרמב"ם והרמ"ה והרשב"א ס"ל דמתנתו מתנה אפילו בנכסי' שירש מאביו וכן דעת רב צמח גאון ורב נחשון גאון הובאו בר' ישעיה א' בס' המכריע סימן כ"ד אלא דרב צמח ס"ל דבן י"ג שנה אפילו הביא שתי שערות אם אין עליו אפטרופוס מתנתו מתנה ור' נחשון גאון ס"ל דאפי' יש עליו אפטרופו' מתנתו מתנה ור' ישעיה ס"ל דאם הביא שתי שערות מתנתו מתנה אפילו יש עליו אפטרופוס ואם לא הביא שתי שערות אין מתנתו מתנה אפי' אין עליו אפטרופוס עיין שם באורך וכן כ' הר"י בעליות הובא בש"מ דאפי' יש אפטרופים מתנתו מתנה וכן כת' בעל העיטו' בדיני מתנה דף פ"ט ודף ל"ד עיין שם והריטב"א בחי' לגיטין דס"ה כתב ואפשר דמתנתו מתנה ועיין בהרשב"ץ ח"ג סימן רי"ט ורכ"א ורכ"ג שכ' דמתנה שנתן היורש כל נכסיו שירש מאביו בטילה וכ"כ הראב"ד דהא דאמרי' בפחות מבן עשרים מתנתו מתנה דוק' כשלא ניכר סימני שטות ואין לך סימני שטות יותר נמי שנותן כל נכסיו וילטרך לאחר וכולי ולפ"ז אפשר דהרשב"א סימן תקל"ח מיירי בהכי ובח"ג סי' קכ"א שכ' דיכול ליתן מתנה ה"ד בנותן מקלת נכסיו אבל מדברי בן מיגש שכ' דדין נכסי אביו ודין נכסי עצמו שוין במתנה משמע דאפי' נתן כל נכסיו מתנתו מתנה כמו בנכסי עצמו וכבר ר' ישעיה בס' המכריע סימן כ"ד הביא דברי ר' יצחק בר מלכי לדק דס"ל דמתנתו בכל נכסיו בטילה והוא חלק עליו דסתם אמרו דמתנתו מתנה בין נתן מקלת בין נתן כל נכסיו עיין שם באורך וכ"כ דעת כל הפוסקים :

כ"ז מתנתו וכו' נסתפק ה' בני אהרן סי' ס"ט במתנה באחריות אי הוי כמכר והביא ראיה מדקי"ל דמתנה אין בה דינא דב"מ ואם יש בה אחריות יש בה דינא דב"מ משום דודאי מכר הוא ואין דרך לכתוב אחריות במתנה וכ"כ בתשו' ריב"ה ואחיו הר' יהודה בני הרא"ש והביאה מרן הב"י סוף סי' ל"ט וז"ל וא"כ בנותנ' זו שנתן באחריו' דינה כמכר לכל דבר וכו' נר'

דככל

דבכל מקום שיש אחריו' במתנה דינה כמכר ובמכ' קי"ל דאין ממכר הקטן כלום עיין שם וז"ל מהר"י ן' הרא"ש בתשו' סימן ס"ב וכיון שהוכחנו שאין דין המכר כמתנה אם כן במתנה זו שנתן באחריות דינה כמכר לכל דבר שהדבר ידוע שאין נותן מקבל עליו אחריו' אם לא שקבל דמים ואם כן חשוב כמכר וכן אמרו רבותינו שדינה כמכ' לענין דב"מ ולענין חזרת יובל וכל שכן בנדון זה וכולי עכ"ל וק"ק דגבי המוכר שדהו בעדים דגובה מנכסים משועבדים קי"ל דמתנה באחריות לא הוי כמכר כמ"ש המ"מ בפי"א מהלכות מלוה בשם הרשב"א ופסקו מור"ס בסימן קי"ו עיין שם וכן כתב הר' יונה כתבתי דבריו שם ומ"ש וכן אמרו רבותינו שדינה כמכר לענין דדב"מ ולענין חזרת יובל כבר כתב מהר"י ן' מיגש בתשו' סי' מ"ב דלא אמרו אלא לענין דדב"מ אבל הכא מתנתו מתנ' ע"ש ולענין חזרת יובל פלוגתא דר"מ ורבנן היא בס"פ יש בכור ולרבנן מתנה כמכר מדכתיב תשובו יתירה לרבות וכן פסק הרמב"ם בפי"א מהלכות שמיטה ויובל עי' שם ובספר אסיפת זקינים בכתובות דף פ"ד גבי היורש את אשתו וחזיר וכו' כ' בשם רש"י במ"ק וז"ל קס"ד דביובל נמי מיירי וכולי ומתנתו חוזרת ביובל ואמרו התם תשובו איש אל אחוזתו ואל לרבו' את המתנות וכו' ע"ש משמע אפי' בלא אחריות אבל לר"מ אפשר דאפי' מתנ' באחריו' לא הוי כמכר אך האחרונים תמהו דמקרא מלא ביחזקאל סימן מ"ו דמתנה כמכר וחוזרת ביובל דקרא מיירי במתנה באחריות ולא אמר ר"מ אלא במתנה שלא באחריו' ועי' בספ' יוסף אומץ סימן ס"א וכן ק' על התוספו' בס"פ השולח שכ' וז"ל ועוד י"ל דדוקא ר"י אית ליה דמחזירין זה לזה ביובל אבל אנן קיי"ל אף על גב דלקוחות הן אין מחזירין דמכר הוא דאמ' רחמנא דליהדר ירושה ומתנ' לא עיין שם דהא קיימא לן כרבנן דמתנה כמכר ול"ל דה"ד במתנה באחריו' והאחים שחלקו כלוקח שלא באחריו' דמי כדאמרינן בבתרא דף ק"ז עיין שם ואם כן שלא באחריות כי התם הוא דמתנה לא הוי כמכר ורבנן לא אמרו דהוי כמכר אלא במתנה באחריות דליתא דתשובו יתירה לרבות כל מתנה משמע אפי' באחריות וכן כתב הנ"י בפ' מ"ש וז"ל ומסתברא דמתנה שיש בה אחריות אם יש בה חשש הערמה דינה כמכר ואם לאו הרי היא קיימת והכל לפי ראות עיני הדיין וכן א"א לענין דדב"מ דאמרי' דמתנה דאית בה אחריות וכו' הריטב"א ל"ש וכו' דאם יש חשש הערמה כמ"ש הריב"ש סימן ר"ן ופסק' מור"ם סימן ר"ה דמתנה שיש בה אחריות נכסים דינה כמכר לענין דאם מסר מודעא שצריכי' העדי' לידע האונס לפי שאין דרך העולם שהנותן מתנה מקבל עליו אחריות ובודאי מכירה היתה עיין שם מיהו בסי' רמ"ב כ' מרן דמתנה מחמת אונס אפי' קבל עליו אחריות אינה מתנ' וכ' הסמ"ע דהתם מיירי דגם המקבל מודה דשלא בתורת מכר באה לידו עיין שם באורך ואם כן נר' דהכא נמי אם מודו שניהם שהיא מתנה אינו יכול לחזור :

כ"ח כתב הרשב"א הביאו מרן הב"י וז"ל מה שאמרו ולמכור בנכסי אביו עד שיהא בן עשרי' מי צריך להביא ראיה המוכר או הלוקח תשו' שו"ר הדין כל שנתקיים שטר המקח הלוקח נאמן לפי שאין העדים רשאין לחתום על שטר ממכרו עד שיהא בן עשרים ולפיכך כשחתמו חזקה נתברר להם שהוא בן עשרים ושהביא שתי שערות דאם לא כן לא היו חותמים כדר"ל דאמר חזקה וכולי וכל שכן כשהקרקע ביד הלקוחות עיין שם משמע דאם לא נתקיים השטר לא אמרינן חזקה זו ונאמן המוכר או יורשיו לומר קטן היה במגו דאי בעי אמר מזייף וכן כ' בהדיא הנ"י בפ' מ"ש והביאו מרן הב"י סי' פ"ב וזה לשונו הא דחזקה שאין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה בגדול היינו דוקא בשטר מקויים אבל אם אינו מקויים נאמן לומר קטן היה במגו דאי בעי אמר שטר מזוייף הוא עכ"ל וכן כ' מהרח"ש ח"א סי' כ"ג עי' שם וה' משפט צדק ח"א סימן ס"א עיין שם ולכאורה קשה שהרי כ' מרן סי' ע"ו ס"ל"ח עדים החתומים על השטר שאמרו שהלוה היה קטן בשעה אינם נאמנים מטעם דקיימא לן חזקה וכולי וכתב הש"ך אפילו אין כתב ידם יוצא ממקום אחר אינם נאמנים עיין שם והיא תשובת הרשב"א וכן מבואר להדיא בתשו' הרשב"א ח"ב סי' קל"ו עיין שם ואף על גב דמיבעיא לן ריש בתרא אי אמרי' מגו במקום חזקה וקיימא לן המוציא מחבירו עליו הראיה כבר ה' גו"ר והביאו ה' קהלת יעקב דף קפ"ז אות י"ב דחזקה זו אלימתא היא דהא גבי קטנים היו סבירא לי' לר"מ דאפילו אין כתב ידם יוצא ממקום אחר אין נאמנים במגו משום דחזקה זו אלימתא היא דהכל יודעים דאין מעשה קטן כלום וכן כ' הרשב"א הובא בש"מ לכתובות סוף דף ח"י עיין שם ואם כן נראה דה"ה אין המוכר נאמן לומר קטן היה אפילו במגו מהאי טעמא דחזקה זו דכיון דאפי' העדים לא מרעי לשטרא כל שכן מוכר דלאו כל כמיניה כמבואר בפ' מ"פ עיין שם ואף ע"ג דהתם מותיב ר"י לר"ל מעשה דבני ברק וכולי לדידך דאמרת ראייה בקיום השטר ל"ל לבודקו ליקמו שטרייהו ולוקמו בנכסי וכתבו התוספו' משום דחזקה אין העדים חותמים על השטר אלא אם כן נעשה בגדול וכ"כ הר"י בעליות עיין שם אלמא אם לא נתקיים השטר לא אמרינן חזק' זו אפשר דהיינו דוקא למאי דס"ד דחזקה דאין העדים חותמים אלא אם כן נעשה בגדול הוי כחזקה דבת' השת' אזלינן ולמ"ד ראייה בעדים לא מהני חזקה דאין העדים חותמים אלא אם כן נעשה בגדול והכא נמי למאן דאמ' ראייה בקיום השטר לא מהניא חזקה זו אם לא נתקיים השטר אבל למסקנא דאפילו ראייה בעדים מודה בערעו' דבני משפחה דלאו ערעור הוא מכח חזקה דאין העדים חותמין על השטר אלא אם נעשה בגדול אם כן חזק' זו אלימתא היא ואפילו בלא קיום השטר מהאי טעמא ושו' ראיתי למהרש"ג בתשוב' בספר משפטים סימן ע' שכתב דהיינו דוקא כשאין העדים לפנינו אבל כשהם לפנינו אין סומכין על החזקה וצריך חקירה אם בדקו אותו וכן נר' מדברי הרשב"א שכתב דכל כי האי מסתמא לא חיישינן משמע דוקא מסתמא אבל אם יאמרו העדים שלא השגיחו על הבדיקה לפי שסמכו על החזקה לומר שהביא שתי שערות כדעת התוס' ורשב"ם נאמנים ומקבלים מהם ואין משום חוזר ומגיד דהוי מילתא דעבידי אינשי דטעו עיין שם ונראה דהיינו דוקא בבדיקת שתי שערות לפי שסמכו על החזקה שהביא שתי שערות אבל אם אמרו שבדקו השערות אבל לא היו יודעים אם היה בן ך' אין נאמני' אבל הרמ"ה שם סי' קל"ו כ' וז"ל אבל היכא דלא אקי' שטרו אלא מערעור דבני משפחה מהימנינן למימר קטן היה דקיימא לן מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו וה"ה נמי דהכתי לא חתמי עדים בשטר זביני אף ע"ג דאמרי דזבוני זבין קמייהו מיהו לא קא מסהדי דגדול הוה נכסי' בחזקת בני משפחה קיימי עד דמייתו לקוחות ראייה וכו' ואפי' חתימי עליה נמי ואין השטר מתקיים אלא מפיהם וקאמרי כ' ידינו הוא זה אבל אין אנו יודעים אם קטן היה אם לאו הרי זה בחזקת קטן עד שיביא ראייה הלוק'

שהיה

שהיה גדול דתנן העדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו קטנים היינו פסולי עדות היינו הרי אלו נאמנים דהתם טעמא מאי דמגו וכו' הכא נמי מגו דאי בעי אמר לאו כתב ידינו הוא דכי אמרי דמוכר קטן היה מהני תדע דהא בפ' האשה שנתארמלה קטנים היינו וקטן היה תרווייהו חד מחתא וכולי' וכי קיימא לן האי חזקה משום דעדים גופייהו חיישי לב"ד טועים וכולי כי אמרי דקטן היה ואינהו הוא דלא הוו ידעי דאין מעשה קטן כלום אי נמי דלא הוו ידעי אי קטן זה אי לא וסברי דלא סמכי בית דין עלייהו היכא דאין השטר מתקיים מפיהם מהימני דאטו כולהו אינם דינא גמירי עכ"ל הרי דסב"ל דאם לא נתקיים השטר נאמן המוכר או העדים קטן במיגו ואפילו היה בחזקת לוקח ולא הוי מגו להוציא דאם היה קטן המכר בטל והוי בחזקת היורשים וכה"ג כ' בש"מ למליעא על דף ו' בשם תלמידי ר' יונה שכן יראה מסברא שאם היה ראובן מוחזק בקרקע א' ואמר לשמעון אמת שמכרתי לך ובענין זה לא נתת לי המעו' עדיין נאמן במגו שהיה יכול לומר לא מכרתיו לך ובענין זה אמרינן מגו לאפוקי ממונא כיון שחזקת הנתבע היא על פי הודאת התובע וכולי עיין שם והכא נמי דכוותה לא הוי מגו להוציא והר"י בעליות הובא בש"מ סוף שיטת הרמ"ה כ' וזה לשונו אם לא נתקיים השטר דמהימני בני משפחה לומר קטן היה מגו דאי בעי אמר מזוייף הוא דוקא היכא דטענו בבריא שהיה קטן אבל וכו' דכיון שאין המורים נאמן לומר כן אלא על ידי מגו השתא מיהא שאין ליורשים מגו שהם עצמם אין טוענים בריא שהיה קטן והם מודים בשטר ודאי זוכים הלקוחות בנכסי' ואפ' דמשום הכי מותיב ליה ר"י לר"ל ליקיימו שטרייהו וליקמו בנכסייהו דליכא לשנויי שלא מלאו עדים לקיים השט' והיו בני משפחה נאמנים במגו דמשמע ליה לר"י דסתמו דבני משפח' טענת שמא היו טועני' שמא קטן היה דאין דרך לבדו' שתי שערות חנם וכשבודקים אין הקרובים בודקים אלא הכשרים להעיד הילכך אם העדים שבדקו קיימי יבאו ויעידו ואי ליתנהו אין הקרובים יכולים לטעון טענת בריא הילכך לא מהימני במגו כדפי' עכ"ל מבואר דסבירא ליה דאם לא נתקיים השטר נאמן המוכר לו' קטן היה במגו דמזויי' אבל היורשים אם אין טוענים בריא שהיה קטן כיון שאביה' לא היה נאמן אלא במגו דמזוייף אין טוענים ליורשים ואפי' טוענים על פי עדים כשרים שבדקו אותו אם אין העדים לפנינו להעיד לא מקרי טענת ברי מה ששמעו מפי אחרים כמבואר בסימן ע"ה ככ"ג עיין שם וכבר כתבתי בסי' מ"ו דבטענה שאין אביהם נאמן אלא במגו דהכחשה אם היורשים מודים דלא שייך לדידהו מגו לא טעני' להו עיין שם פלוגתא דרבוותא היא והרב כנה"ג בסי' ק"ח אות מ"ו הביא מה שכ' מהרימ"ט דאין טוענין ליורש וללוקח אלא מה שיכול המוכר והמורים נאמן בלא מגו אבל אם המורים לא היה נאמן אלא במגו אין טוענ' להם אבל הריב"ש בסי' תנ"א כ' דטוענים ליורשי' דילמא התנה אביהם בשעת הלואה שלא תשמטנו שביעית והיה נאמן במגו דפרוזבול היה לי ואבד ואולי התם שאני דחזק' דלא שביק איניש היתרא ואכיל איסורא מסייע לטענת המגו וכיון דחזקה מסייע להו טוענים ליורשים אפי' אין אביהם נאמן אלא במגו עיין שם ודברי הר' יונה שכתבתי סיוע למהרימ"ט מיהו אפש' לו' דהכא שאני דחזקה שאין העדים חותמים על השטר אלא א"כ נעשה בגדול מנגד' ליורשים ולכך אף ע"ג דאביהם היה נאמן במגו לא טעני' ליורשים שמא נגד החזקה אבל בעלמא טוענים ליורשים מה שיכול אביהם לטעון במגו דמזוייף וכן כתבו התוס' ריש גיטין בד"ה ואם וכו' דאפי' לא טעני' ליורשי' מזויי' טעני' להו פרוע כיון שהוא עצמו יכול לומר פרוע במגו דמזוייף כמו בשטר כיס דלא טעני' נאנסו וטעני' החזרתי עיין שם אבל הריב"ש סימן שע"א כתב וז"ל ועוד א"א מסברא דהיא דחזקה אין העדים וכו' לא נאמרה אלא בעדים יודעים ומוחזקים כמו סופרי הדיינים וכו' ואף אם נאמר בהם חזקה זו בקטן המוכר נכסי עצמו שדי בזה שלא יהא קטן גמור וזה אפשר דידעי אבל במוכר בנכסי אביו שאין די שיהא גדול אבל צריך עוד שיהא ן' עשרי' האם נאמר בזה חזקה וכולי אלא אם כן נעשה בגדול מבן עשרים ודין זה אפי' ממקלת חכמים נעלם וכולי עיין שם וז"ל הר"י בעליות הובא בפרק מ"ם וז"ל דכי אמרי' אין עדים חותמים על השטר אלא אם כן נעשה בגדול איכן בודקין אלא א"ג שנה ויום א' דפחות מכאן אין ממכרו ממכר אפילו במקרקעי דידהו אבל אינם בודקי' עד עשרים שנה שהרי ממכרו קיים במקרקעי שהנו פחות מכאן אם יודעים בטוב מו"מ ואין לעולם לחקור אם נכסי אביו הם כמו שאין עליהם לחקור כשחותמים על השטר מכר אם גזולה בידו ויש להם להחזיק שהלוקח יחוש לעצמו וכולי אבל על הסימנים הם צריכים לבדוק שא"א לברר אחר זמן אם היו לו סימנים בזמן המכר עכ"ל וכן דעת הרמב"ן שם הרי דסב"ל דלא אמרינן חזקה דאין העדים חותמים על מכר קרקע אלא אם כן ידעו' שהוא של המוכר הפך תשו' מהר"י ן' הרא"ם הביאו מרן הב"י סי' שע"ה שכ' שאין לעדים (א"ה עכ"מ) :

כ"ט דין י"א שהם ל' ושש שנים וכולי הרמב"ם בפרק שני מהלכות אישות כת' ל"ה שנים ויום א' וכתב מרן הב"י א"ה סימן קנ"ה מדתני כ"א עד רוב שנותיו וכל שהוא יותר על ל"ה אפי' יום א' מיקרי רוב שנותיו עיין שם ונראה דס"ל העטיר שכ' שהם ל"ה שנה אינו חולק וכן כת' בש"ע שם שהם לה' שנים ויום א' ובסימן זה כת' ל"ו שנים וכן כתב הרב משפטו לדק חלק שלישי סימן כ' הביאו ה' כנסת הגדול' בא"ה שם אבל הרשב"ם בס' תיקון סופרים שער ג' כ' דהמפ' והטור חולקים וכן מסתבר דמשום יום אחד לא מיקרי רוב שנותיו ובשטר ע"ו כ' דהיינו ל"ה שנים ול' יום עיין שם ואיברא שכ"כ הרמ"ה בפרק מ"ם סימן קנ"ג והזכירו הריב"ש סימן תס"ח הובא בב"י עיין שם וא"כ אפשר שכן דעת הנ"י בפר' מ"ם והטור שכ' ל"ו שנים אבל אנן קיי"ל כהרמב"ם והסמ"ג עשין ן' :

ל' דין י"ב מכר קודש וכו' ז"ל הרמ"ה בפ' מ"ם סימן ק"מ והא דאמרינן דסימני גדלות לא מהני' בהו בדיקה אלא להבא ואלו סימני סרים מהני' בהו בדיקה אפי' למפרע כגון היכא דזבין נכסיו מבן י"ג שנה ויום אחד א"כ בנכסי אביו לאלתר דהוי ן' עשרים ואידי ואידי לא אייתי שתי שערות ולא נולדו בו סימני סרים ולבתר דהוי בן עשרים שנה הביא ב' שערות או שנולדו בו סימני סרים וה"ט דאי אית שתי שערות לא מחזקי' ליה בגדלות אלא מכאן ולהבא אבל למפרע לא הוו זביניה זביני דעד השתא קטן הוה אבל לגבי סימני סרים היכא דנולדו בו סימני סרים לאחר מכירה איגלאי מילת' למפרע דמכי איתיליד סרים הוה ומאי דזבין מנכסיה מבן י"ג שנה ויום אחד זביניה זביני שהרי הגיע לכלל שנותיו בשעת מכירה ואי משום דלא הבי' שתי שערו' כי מעכבי שערות כמאן דחזי לאתויי שתי שערות דכל דלא מייתי שתי שערות בחזקת קטן הוא אבל סרים דלא בר איתויי

איתויי שתי שערות הוא גדלות דידיה בשנים בלחוד הוא דתלי דאלו סימני סרים לא סימני גדלות נינהו כי היכי דתימא דלא מהני אלא מכאן ולהבא אלא סימני סרים לגלויי עליה דמכי אתיליד סרים הוה ולאו בר איתויי ב' שערות וכולי וה"ה היכא דהגיע לרוב שנותיו ולא הביא שתי שערות ולא נולדו בו סימני סרים כמי שנולדו בו סימני סרים דמי ואיגלאי מילתא למפרע דמכי איתיליד סרים הוה ומכי עייל לכלל שנותיו גדול וזביניה זביני בנכסי עצמו מבן י"ג שנה ויום אחד ובנכסי אביו מבן עשרים שנה וכן הילכתא עכ"ל מבואר דס"ל דאפילו נולדו בו סימני סרים לאחר מכירה למפרע הוא גדול מבן י"ג ומכירתו קיימת והטור הביא דברי הרמ"ה בקיצור עיי"ש ובפרק הערל פליגי רב ושמואל באוכל חלב מבן י"ג רב אמר נעשה למפרע ושמואל אמר קטן היה באותה שעה ואם כן לשמואל הכא נמי שמכר קודם אינו כלום דקטן היה וגו' דס"ל כיון דפליגי לענין איסור וקי"ל כרב באיסורין ממילא גבי ממון נמי קיימא לן הכי כמ"ש הרא"ש בפ' שור שנגח ד' וה' וז"ל ויש מן הגדולי' שאמרו כיון שלא נחלקו בנגיחות אלא וכו' בושתות ובעיקר פלוגתייהו הלכה כרב וכן דעתי נוטה דמאיזה טעם וכולי וכן רב היה רגיל לדקדק בהוראת איסור והיתר לכך סמכו על הוראותיו לענין איסור והיתר וכיון שנחלקו בבושתו' ונגיחות ושתות טעם א' להם ע"כ סמכו על רב בתרווייהו וכו' עיי"ש והכא נמי דכוותה והרמב"ם בפ"ו מהלכו' נזקי ממון שפסק כשמואל בנגיחות לא משום דקי"ל כשמואל בדיני אלא משו' דגם בושתית פסק כשמואל כמ"ש בפ"ח מהלכות איסורי ביאה משום דברייתא כוותיה דייקא עיי"ש במ"מ ובב"י י"ד סימן קפ"ט ועיין בספר עין זוכר מערכת ה' סימן ג' ש"ז דאם משמעו' המשנה כשמואל פסקי' כוותיה ולא זכר דברי הרמב"ם והמ"מ דגבי ושתות דפסקי' כשמואל משום דברייתא דייקא כוותיה עיין שם מיהו א"ל דה"ד באיסור והיתר קי"ל כרב דמדקדק בהוראות איסור והית' אבל באוכל חלב לענין חיוב חטאת דלא כ"מ לדידן לא קי"ל כוותיה ואפשר דלכך כתב הטור כאן דין זה בשם הרמ"ה ואפשר שזה דעת הראב"ד בהשגות פ"א מהלכו' נערה שכתב וז"ל גם זה טעות שאילונית לדברי חכמי' יש לה קנס עד שתהא בת עשרי' שמקטנות יוצאה לבגרות דפוסק כשמואל דלרב איילונית מזמן נערות אין לה קנס אלא בעודה קטנה וכן דעת רש"י בכתובות דל"ה ע"ב וה' מכנה למלך בפ"ד מה' עבדים תמה שתפס כשמוא' ע"ש ואפשר דס"ל דלא קיי"ל כרב אלא באיסור הנהוג בזה"ז שהוא מדקדק בהוראה ולא בהילכת' למשיחא ושוב ראיתי לראב"ן דף תכ"ט שכתב וז"ל איתמר אכל חלב וכו' רב אמר נעשה סריס למפרע וחייב חטאת דגדול הוה ושמואל אמר קטן היה וכו' אמר רבי אבהו סימני סרים ואיילונית אין עושין מעשה להחזיק הסרים כסרים עד שיהא ן' ד' ולא הביא שתי שערות אבל מקמי הכי מחזקי' ליה בקטן דהיינו כשמואל וכולי הרי דס"ל דרבי אבהו סבר כשמואל ומהרש"ל ביש"ש בפ' הערל סי' ל"א דחה זה ולא ראה דברי ראב"ן עיין שם אך תימא על הטור דבא"ה סימן קע"ז כת' על דברי הרמב"ם וז"ל ולא נהירא שהוא פסק כרבנן דקטנה יש לה קנס ואיילוני' דינה כקטנה עד שתהיה בת עשרים משם ואילך דינה כבוגרת עיין שם :

ל"א דין י"ד שוב אינו יכול למחות וכולי מהרח"ש ח"א סימן כ"ג הביא תשו' הראב"ד שכתב וז"ל על מי שהחזיק לאחר עשרים הואיל ששתק זה ולא מיחה אם חזקתו מועלת לו וכולי הא ודאי אין ספק שחזקתו מועלת לו ואין זה דומה לקטן שהגדיל ואבוה זבין וקטן במילי דאבוה לא ידע אבל הכא איהו זבין והו"ל לשאולי ולמחויי וכולי הרי דגם הראב"ד דס"ל במחזיק בנכסי קטן אפילו אכל ג' שנים אחר שהגדיל אינה חזקה כמבואר בסימן קמ"ט מודה הכא :

ל"ב דין ד' השוטה אין מקחו מקח וכו' וזהו שוטה שיוצא יחיד בלילה והלן בבית הקברות והקורע כסותו והמאבד מה שנותנים לו ובאחד מאלו שעושה דרך שטות נקרא שוטה הטור בסימן ל"ה וכתב מרן הב"י בפ"ק דחגיגה אמר רב הונא עד שיהיו כולם בבת א' ור' יוחנן אמר אפילו באחד מהם וכר"י קי"ל דהילכתא כוותיה לגבי רב בריה דרב הונא הוא וכ"ש לגבי רב הונא עיין שם ועוד להתם אר"פ אי שמיע ליה לרב הונא הא דתניא וכולי ומ"ל אי מכולהו הוה הדר עיין שם ואם כן לא שבקי' ודאי דר"י מקמי ספיק' דרב דהא דקי"ל כר"י נגד רב ה"ד בודאי אבל ספק דר"י לא כמ"ש ה' ע"ש וכ"ש הכא דר"י ודאי ורב ס' והרשב"ש בספר תיקון סופרים שער ט"ו כתב וז"ל ולע"ד דלגיטין וקידושין אזלי' לחומרא אבל בעניני משא ומתן נראה דלא בעי' שטות כולי האי אלא אפילו כי ההיא דאכל ושדי קניית בבי רבא ואע"ג דליכא שטות יתירא ואפ"ה קאמר רבא דזביניה לאו זביני עכ"ל אבל מדברי מרן הב"י שכ' וסימני שוטה כתבתי בטור א"ה עיין שם משמע דה"נ בעי' סימני שטות שיוצא יחידי בלילה וכולי כמבוא' בא"ה סימן קפ"א עיין שם וכן כתב הריב"ש סימן תס"ח ע"ש וכן משמע מדברי ר' האי בס' המקח שער ג' ע"ש :

ל"ג דין כ"א מי שהוא עת שוטה וכולי כתב ה' כנה"ג הגב"י אות ס"ג וז"ל וכתב מהר"ם ריקאנטי סי' ק"ח הא דאמרינן איקי נכסי בחזק' בר שפיא ה"מ בעדות מכירה ע"פ אבל בשטר חזקה אין העדים כותבים אא"כ היה חלים ול"ע אם אומרים חזקה במקום הכחשה אם לא ע"כ ויראה דלא נסתפק ה' אלא דוקא בדאיכא תרי ותרי דאיכא הכחשה אבל בדליכא הכחשה אלא דיש ספק אם כשהוא שוטה זבין אי כשהוא חלים אם היא מכירה בשטר אמרינן חזקה אין העדים חותמים על השטר אא"כ נעשה בחלים ולפ"ז התוספות והרא"ש שהוצרכו לחלק בין קרקע למטלטלין ולא חלקו בקרקע עצמו בין היכא המכירה ע"פ להיתה המכירה בשטר לא מפני שחולקי' על הרשב"ש וסוברי' כהריב"ש דלא נאמרה חזקה זו אלא בעדים המוחזקי' וכו' וז"ל הרשב"א בתשובות כ"י מה' קרקעות סימן ר"ב חזקה זו לא נאמרה אלא בדוקא בסתם אבל אם עדים מעידי' שהיה פחות מבן עשרים חזקה במקום עדים לא אמרי' ואפילו אם היו כאן עדים החתומים ומעידים בפי' שהיה גדול הו"ל תרי ותרי ואוקי ארעא בחזקת מריה עד כאן דבריו מללו דבמקום עדים לא נאמרה חזקה זו עכ"ל ונעלם ממנו דברי התוספות בבתרא דקנ"ה בד"ה מתיב וכולי וז"ל וריב"ם פי' בשלמא למ"ד בן י"ח ונכסי' ביד לקוחות הוו קיימי ואתו יורשים וקא מערערי לומר קטן היה והיו צריכים להביא ראייה שהיה קטן ולא מצאו עדי' שהיה פחות מי"ח שאם מצאו לא היו צריכי' יותר אפי' הביא שתי שערות עכ"ל הרי מבואר דאם יש עדים שהיה פחות מבן עשרים מהני אע"ג דאיכא חזקה דאין העדים החתומים על השטר אא"כ נעשה בגדול מוציאים מחזק' הלוקח וכן מבואר בגמ' בפ' האשה שנתארמלה דתניא שנים חתומי' על השטר ומתו ובאו שנים מן השוק ואמרו קטנים

קטנים היו פסולי עדות היו אם יש עדי' שכת"י הוא זה או שהיה כת"י יוצא ממ"א אין אלו נאמני' ופרכי' ומגבי' ביה כשטרא מעליא וכולי אלא אמר ר"נ אוקי תרי להדי תרי ואוקי מיונא בחזקת מריה מ"ד אנכסי דבר שטיא וכולי והא אמרינן לעיל טעמא דר"מ דחזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול אלמא לגבי עדים אחרים לא אמרינן חזקה זו אלא אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ארעא בחזקת מריה עד כאן וכן מצאתי להרשב"א בתשובות חלק שני סימן רכ"ט שכתב וז"ל ומה שטען כי שטר המכירה כתוב שמכרה בלא שייר וכולי זה אינו דבהדיא אמרינן בפ' האשה שנתארמלה וכולי וזה ראייה מבוארת דאפילו היו עדי השטר מעידים בפי' שלא היה שום תנאי במכירה כיון שיש שם עדים שהיה תנאי אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת המוכר דהא אפילו באנוסי' היו וקטנים היו דכמאן דמכחשי עדי השטר שלא היו קטנים ופסולים דמי דחזקה דאין חותמי' וכולי עכ"ל וכן כתב הר"י בעליות היכא בש"מ שם וז"ל וק"ל למ"ד בן י"ח שנה מי ניחא וכולי וי"ל כגון שהיו עדים שלא היו כי אם בן י"ח שנה וכולי הילכך כי בדקי ליה בני משפחה ומצאו שאין לו שנוי' היו באים לזכות בנכסי' בכך ולא תימא משום דהעדים שבשטר ועדים המעידים שאין לו כ"א י"ח שנה הו"ל תרי לבהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת מרייהו אלא כיון דאיכא סהדי דאמרי שאין לו אלא י"ח שנה בטילה חזקה וכו' תדע וכו' דהא אפילו לא תלי' לקיים החזקה וכולי ע"ש :

ל"ד הג"ה אמרו שנים וכו' נלע"ד דה"ד כשיש עדי' דזבין כשהוא שוטה אע"ג דאיכא תרי אחריני דאמרי כשהוא חלים זבין כיון דאיכא ריעותא לפנינו עדים האומרי' כשהוא שוטה זבין אבל כשאין עדות לפנינו אע"ג דאיכא לספוקי שמא כשהוא שוטה זבין כיון דלא חזי' ריעות' במכירה לא תלינן כשהוא שוטה זבין ומדברי הרשב"א שהביא הב"י סי' רמ"ו שכ' דכל דאיכא לספוקי אם למתנה גמורה או לא על המקבל מתנה להביא ראייה א"ל דלא אמר הרשב"א כן אלא דוקא בספק אם למתנה נתכוון או לא אבל היכא למתנה גמורה נתכוון אלא שמסופקים אם חלים נתן או שוטה נתן או ספק אחר אפשר דלא אמרינן אוקי ארעא בחזקת הנותן ה' כנה"ג הגב"י אות כ"ד עיין שם וכה"ג כתב הרמב"ם בפ"ח מה' שגגות דין ג' האוכל חתיכה ועד א' אומר לו זה שאכלת חלב היה ועד א' אומר לא אכלת חלב וכו' והואיל ונקבע האיסור וכו' מביא אשם תלוי עיין שם וכ' הכ"מ ויותר נראה לומר דשפיר מיקרי איקבע איסורא ע"פ עד א' אפילו אין שם אלא עד א' עיין שם הרי דבחתיכה א' ס' חלב ס' שומן פטור מאשם תלוי אבל אם עד א' אומר חתיכה זו שאכלת חלב אע"ג דעד א' מכחישו מיקרי נקבע האיסו' ע"פ ע"א וחייב אשם תלוי ואפשר דהראב"ד דוקא בע"א פליג דקי"ל דעד א' בהכחשה אינו כלום אבל אם שני עדים אומרים אכל חלב נקבע האיסור ע"פ שני עדים אפילו היו שנים אחרים מכחישים אותה מיהו בפ' האשה שנתארמלה גבי שנים אומרים מת וכולי מכדי תרי ותרי נינהו הבא עליה באשם תלוי קאי וכולי כתב' התוספות וז"ל אפילו למאן דבעי חתיכה אחת מב' חתיכות וכולי ה"נ איקבע איסורא שהיתה בחזקת א"א א"כ לאו אשם תלוי ממש קאמר אלא כלומר באיסור אשם תלוי עכ"ל וכן כתב הרא"ש ושיטה ישנה בספר א"ז שכתב והר"ן תי' בענין אחר עש"ב הרי דס"ל דאפילו בב' עדים לא חשיב הוקבע איסורא כב' חתיכות אלא משום שהיתה בחזקת א"א אבל תלמידי ר' יונה כ' דכיון דתרי ותרי נינהו הו"ל כב' חתיכות וכולי משמע דס"ל דבלא חזקה דתרי ותרי הוו כב' חתיכות ונראה דלענין זה אפילו אין ספק במתנה אלא אם היה חלים או שוטה הממע"ה כדתנן הוא אומר שכ"מ הייתי והם אומרים בריא היית ופסקה הרמב"ם ומרן בסימן רנ"ז עיין שם אלמא אע"ג דהמתנה גמורה והספק אם הוא שכ"מ או בריא מוקמי' הנכסי' בחזקת הנותן ול"ל דהתם מכח אומדנא אמרינן דשכ"מ היה דאם היה בריא אין אדם נותן כל נכסיו לאחרים והוא יחזיר על הפתחי' וכה"ג כתב הרשב"א בתשובות ח"ג סימן רל"ו עיין שם שהרי הרשב"א בתשובות ח"ב סימן קל"ג נשאל על הא דאמרינן שכ"מ שכתב כל נכסיו לאחרים ועמד אינו חוזר הייש' שמא יש לו נכסים במ"ה לימא הממע"ה מאי שנא מהא דתנן הוא אומר שכ"מ הייתי וכולי עיין שם וא"א מאי קו' התם כיון דודאי נתן כל נכסיו אמרינן דש"מ מכח אומדנא דאין אדם נותן נכסיו לאחרי' והוא ישאל על הפתחים אבל דליכא אומדנא דשמא יש לו נכסים במ"ה מספק אינו יכול לחזור כיון שהמתנה גמורה וכן בירושלמי פ' מי שמת הל' ו' אמר ר' ינאי בשם ר"י יד השטרות לתחתונה א"ל ר"י ולאו מתני' היא לא כ' שכ"מ והיא אומר שכ"מ וכולי והיה ר' ינאי מקלס ליה וכולי עיין שם משמע לא מכח אומדנא אמרינן דשכ"מ היה ולפי' מינה בכל ספה דיד השטר על התחתונה וכן אמרינן שם בא' שמכר וטען כשהיה קטן מכר ומאן דפליג התם ה"ד בשטר משום חזקה דאין העדים חותמים על השטר אלא אם כן נעשה בגדול עיין שם וכן מי שמכר נכסיו ומת ובאו בני משפחה וערערו לומר קטן היה כשמכר אמרי' דאין שומעין להם משום דחזקה אין העדי' חותמים על השטר אלא אם כן יודעים שהמוכר נעשה גדול וכן פסק הרמב"ם והטור ומרן בסימן זה משמע הא לא"ה אע"ג דהמכר גמור והספק אם היה קטן הממע"ה ושוב מצאתי למהריק"ו שרש קכ"ט שכתב על אשה שטענה על איש שבעלה בשעת שהיתה מתעלפת וכולי וז"ל ולענ"ד נראה פשוט דאם היה לה עדי' שיעידו כדבריה שבא עליה בשעת עלופה שזה חייב אונס וכולי אבל מאחר שהאיש כופר ל"מ היכא דטען להד"מ אלא אפילו טען שברצון בא עליה פשיטא שהוא נאמן דכלל גדול בדין הממע"ה דלא מיבעיא וכולי ואיכא לדמויי להא דפ"ב דכתובו' דאמרי' אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי נכסי' בחזקת בר שטיא ואע"ג דעתים הוא חלים אמרי' המע"ה כ"ש הכא וכולי עש"ב וכן מהא דקי"ל דמתנת שכ"מ שאין כתוב שמתוך החולי הזה שלוה בו מת המתנה בטילה שמא מחולי שנתן בו המתנה נתרפא ואח"ך חלה חולי אחר ומת כמבואר בסימן רנ"א עיין שם שמעי' דאע"ג דהמתנה גמורה וספק אם עמד וחזרה מתנתו או לא בטילה המתנה וכ"ש בספק אם שוטה או חלים דהספק בעיקר המתנה וכן כתב הרשב"ץ ח"ג סימן קס"ז בא' שהיה חולה ונטרפה דעתו ואח"ך נשתפה באותו יום עצמו ונתן מתנה ויש ספק אם נתיישבה דעתו או לא מוקמי' הנכסים בחזקת היורשים עיין שם וכן מוכח מדברי התוס' בבתרא דקנ"ה בד"ה מוכר וכולי שכתב ומה שהק' ר"י שמא כשהוא שוטה זבין וכולי עיין שם וכן כתב הרשב"ש סי' קי"ד בספק אם המקבל פקח או נכפה באותה שעה העמד ממון בחזקתו עיין שם ועיין במהריב"ל ח"ב סי' פ"ב גם התוספות בבתרא דף ל"ב בד"ה והילכתא וכו' כתבו וז"ל רשב"ם פי' מספקא לן כמאן הילכתא ונ"ל בין

ספקא

ספקא דתרי ותרי לספיקא דדינא התם תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ומוקמי' ארעא בחזקת מרא קמא אבל הכא דמספ"ל דינא כמאן לא שייך כולי האי למי' אוקמוה אחזק' מרא קמא ונוציא מיד המוחזק ודוחק הוא וכולי וכתב מהרא"ש סימן ר"ו דס"ל דתרי ותרי ליכא עדות וכו"ל כב' הבאים לדון בלא שום עדות דמוקמי' אחזק' מרא קמא אבל כשהספק הוא פלוגת' ליכא חזקה נגד ב"ד דב"ד מפקיעין ממון עיין שם אלמא תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ואין כאן עדות כלל וכאלו באו לדון בלא עדי' ומוקמי לה בחזקת הניתן והתו' לא חלקו עליו בזה :

ל"ה הרשב"א בתשו' חלק ד' סימן ר"א הוכיח דלא בעינן שיכריא לגמרי אלא כשהוא מדבר בעניניו ואינו קורע בגדיו וכו' עש"ב :

ל"ז דין כ"ב ואם הגיע לשכרותו של לוט וכולי אם לא נודע אם הגיע לשכרותו של לוט טוענים ליורשים להעמיד הקרקע בחזקתם שהגיע לשכרותו של לוט מיהו אדרב' אמרינן העמד השטר על חזקתו כמו חזקה דאמרינן אין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה בגדול והכא נמי אין העדי' חותמים אלא אם כן נעשה בבן דעת ולא בשכור שהגיע לשכרו' של לוט שהוא כקטן מהריט"ן סימן רי"א ע"ש ואפשר דהגיע לשכרותו של לוט מילתא דלא שכיחא ואין טוענ' ליורשים :

סימן רל"ז

א' דין א' המחזר על דבר להקנותו וכו' נ"ל דלא שייך דין עני המהפך בחררה אלא במהפך ממש וחוזר אחריה אבל מי שהוא בביתו ועושה שליח לקדש אשה לא שייך אלא רמאי הרב עלגות יוסף עיין שם ונראה דאין חי' בין קידושין למקח וממכר דמי שהוא מהפך ומחזר לקדש אשה הוי עני המהפך בחררה ואם הוא בביתו ועשה שליח לקנות והלך השליח וקנאו לעצמו לא מיקרי אלא רמאי וז"ל רמב"ן במסכת קידושין דף קל"ה עמוד שני האומר לחבירו צא וקדש לי אשה פלו' והלך ברמאות וכו' וכן אם עשאו שליח לקנות לו קרק' וקנה לעצמו מנהג רמאות הוא וקנה ואם תבעו לדין שאין לו הדין שהוא רמאי וכו' וישראל המהפך לקנות סחורה ובא חבירו וקנאה שידע בחבירו שרוצה לקנותה נקרא רשע דעני המהפך בחררה ובא ונטלה נקרא רשע מיהו קונה השליח וכו' עכ"ל משמע דעשה שליח לקנות לו קרקע וקנאה לעצמו רמאי הוא ולא מיקרי רשע אלא המהפך וכו' ול' הרמב"ם פרק ט' מהלכות אישות דין י"ז העושה שליח לקדש לו אשה והלך וקדשה לעצמו הרי זה מקודשת לשליח ואסור לעשות כן וכל העושה דבר זה וכמא בו בשאר דברי מקח וממכר נקרא רשע עכ"ל משמע דהעושה דבר זה גבי מקח וממכר והיינו העושה שליח לקנות לו קרקע וקנה לעצמו נקרא רשע ולכאור' משמע בקידושין לא מיקרי רשע אלא שאסור לעשות כן ומהרש"ל כתב וז"ל וכן האומר וכולי נ"ל פשוט דמתני' דקתני אמילת' דרמאות כמו הלך דרישא שהוא רמאי ה"נ מי שקדשה עד זמן פ' ובא אחר וקדשה דהוי נמי מקודשת לו והוי רמאי ודוקא קדשה אבל חזר וטרח כדי לקדשה ובא אחר וקדשה לא רשע נקרא ולא רמאי נקרא ולא דמי לעני המהפך בחררה וכו' ומכל מקום היכא שקדשה בכך ועשה מעשה פשיטא דנקרא רמאי ורשע עכ"ל הרי דחזר וטרח כדי לקדשה ובא אחר וקדשה לא נקרא רשע ולא רמאי אבל העושה שליח לקדש והלך וקדשה לעצמו הוי רמאי אלמא העושה שליח חמור ואם כן במקח וממכ' דהחוזר וטורח לקנות וקנאה אחר נקרא רשע כל שכן עשה שליח לקנות לו קרקע והלך וקנה השליח לעצמו דמיקרי רשע והעושה שליח לקדש לו אשה פ' והלך השליח וקדשה לעצמו משמע דרשע נמי מיקרי דומיא דסיפא דקדשה כבר ועשה מעשה דנקרא רמאי ורשע דהא קתני וכן וכו' אבל לשון הרמב"ם משמע דלא מיקרי רשע אלא במקח וממכר ולא בקידושין ואפשר משום מצות פריה ורביה לא מיקרי רשע :

ב' כתב מהרא"ח סי' קנ"ה אפי' לא ידע בשעת לקיחתו שחבירו היה מחזר עליה אלא שנודע אחר שקנאו אם אינו נותנה יש לו דין עני המהפך בחרר' וכו' והביאו ה' כנסת הגדולה אות ט' עיין שם וכן נר' מדברי הריטב"א בחי' שכ' מיהו מ"מ דכל היכא שנקרא רשע בית דין מחייבי' אותו להחזיר הדמי' הא ליתא דאם כן איך אמרי' בשמעתי' לא מר ניחא ליה וכו' הרי מן הדין חייב להחזירה אלא ודאי דרשע מיקרי אבל אינו בכלום לא וכו' עיין שם משמע בהדיא דאפילו לא ידע עד אחר שקנאם מיקרי רשע כל שלא החזירה דאל"כ אימא דה"ד משום דלא ידע אבל כשידע דמיקרי רשע חייב להחזיר וכן ראיתי בס' אדמת קדש סימן ס"ט שכ' דמהרא"ח דקדק כן וכ' עליו ה' דלא ראה תשו' מהר"ם ותשו' מהריק"ו דאין לכופו ודוקא רשע מיקרי ואם כן מוכרח לפ' מ"ם השתא נהיב ניהליה מר לפנים משורת הדין ולא מן הדין עיין שם באורך ולא דק דהא על גבי דאין בית דין כופין אותו מכל מקום אם לא יחזיר לו נקרא רשע ולהכי קא"ל השתא ניהב ליה מן הדין כדי שלא יקרא רשע אבל אי אמרי' דכל דלא ידע לא מיקרי רשע לפנים משורת הדין הוא דקאמר ועיין בספר משפט צדק חלק שלישי סימן י"ד אבל מדברי רמב"ן שכתב ובא חבירו וקנאה שידע בחבירו שרוצה להקנותה נקרא רשע וכולי משמע דאם לא ידע בשעה שקנאה בחבירו רוצה להקנותה לא מיקרי רשע :

ג' ובא אחר וקנאה נקרא רשע אבל אין בית דין מוציאין אותה מידו מהר"ם בתשוב' הקצרות סימן רמ"א וכן כתב רמב"ן דף קל"ה דקנאה ומשמע דאין חייב לשלם לו דמים מה שהפסידו שהרי כ' מהר"ם וז"ל ואין להשביע את שמעון שיהא כדבריו שלא ידע שהם חזרו עליו תחלה דכיון דאפי' אם הוא כדברי ראובן ולוי שהם חזרו עליו תחלה לא הוה מפקי' מיניה דשמעון כדפי' דלא שייך שבועת היסת וכולי ע"ש אלמא אין חייב לא להחזיר לו הקרקע ולא לשלם לו ממון וכן כתב רשב"ם בבתרא דנ"ד גבי נכסי הגוים הרי הם כמדבר וכולי דהמחזיק בה מיקרי רשע ואפ"ה אינו חייב להחזיר לא' מעותיו עיין שם וכן הוכיח מהרד"ך בית ל"א ומהרש"ל ושאר אחרונים הביאם הרב כנסת הגדולה עיין שם וכן כתב הרדב"ז בתשו' בס' אדמת קדש סי' ע' ועי' בתשו' שארית יוסף סי' י"ז שכ' דמהר"ם בנלאל פסק כרש"י דאפי' בהפקר ומציאה נקרא רשע ופסק כר"ת דמי שנק' רשע חייב להחזיר ודלא כהר"ן ע"ש ואלו ראה דר"ת יחיד נגד רשב"ם ורמב"ן ומהר"ם והריטב"א והר"ן לא פסק כמותו והרשב"א בתשו' סי' פ"ג והובא בב"י סי' קנ"ו כת' דאפי' במכירו ורגיל אצלו דהוי כבא לידו אין מוציאין מידו וגם השואל פשיטא ליה דעני המהפך בחררה אינו משלם עיין שם וכן הסכים הרדב"ז בתשוב' כרש"י דאפי' בהפקר ומציאה מיקרי רשע אבל אינו חייב להחזיר

עיין

עיין שם ובתשו' מהר"ם גאלנטי בס' אדמת קדש שם :

ד' וי"א דאם בא לזכות בהפקר וכו' זה דעת ר"ת והסכימו עמו התוספות והרא"ש והרשב"א והריטב"א בחי' עיין שם ורשב"ם בבתרא דף כ"ד גבי נכסי גוים הרי הם כמדבר וכו' כתב דשני רשע מיקרי כיון דיהב לוקח זוזי לא גרע מעני המהפך בחררה וכו' וכתב עליו הרשב"א בס' אסיפת זקנים שם וז"ל ובודאי אם מחייבים אותו להחזיר מעות ללוקח א' נקרא רשע דמ"ל ליקח את זו כמה שדות ימלא לקנות במ"א אבל אם לא היה חייב להחזיר מעות אין זה נקרא רשע דהו"ל כמציאה וכולי והתימא מן הרב שכתב כאן שנקרא רשע אף על פי שהוא כ' כאן שאינו חייב להחזיר דמים לא' דזוכה הוא מן ההפקר עכ"ל גם הר"י בעליות שם כת' וז"ל אע"פ שאמרו נכסי גוים הרי הם כמדבר המחזיק בהם נקרא רשע שהרי זקוק ליתן לישראל מעותיו והי"ל ליקח בכסף זה ממ"א כאותה שאמרו עני המהפך בחררה וכו' עיין שם הרי דס"ל דבהפקר לא מיקרי רשע אבל תמהני על הרשב"א שהרי רש"י בפ' האומר ס"ל דבהפקר ומתנה נמי מיקרי רשע ומה זו תמיהא על רשב"ם אם ס"ל הכי כרש"י והרא"ש בפרק האומר כתב דברי רש"י ור"ת והאח"ך כתב וז"ל והא דאמרינן בפ' חזקת הבתים דנכסי הגוי הרי הם כמדבר וכו' ופי' רשב"ם כל דזכה המחזיק מכל מקום רשע מיקרי כמו עני המהפך בחרר' וכו' ור"ת אומר דאפילו רשע לא מקריב דבר של הפקר כדפי' ע"ש משמע דרשב"ם לא סבר כר"ת אלא כרש"י וכן הוכיח בתשו' בארית יוסף סימן י"ז ופסק בה הר' כרש"י ורשב"ם שכן דעת רוב הפוסקים ע"ש וכן נראה דעת מרן לפסק כי"א בתרא דאין חי' וכן כתב מהר"י עייאש בתשו' ח"א סימן כ"ב דהכי קיי"ל דאין חי' בין עני לעשיר דאפילו במציאה והפקר נקרא רשע :

סימן רל"ח

א' דין ג' יש מי שאומר וכו' בעל התרומות שער מ"ח כתב בשם מהר"י ן' מיגש וזה לשונו מסתברא לן דוקא היכא שיעידו העדים על עצמו שכבר קבל המעות מן הלוקח וכו' והיא דכותבים שטר ללוה אף על פי שאין מלוה עמו מסתברא לן דהא נמי מיירי שהעיד על עצמו שכבר קבל המעות וכו' וה' גידולי תרומה הקשה דאם כן סיפא דקתני ואין כותבין ללוקח עד שיהא המוכר עמו במ"ע אי במקום שכותבין שטר אפילו העיד על עצמו בקבל המעות אכתי שמא לא סמכא דעתיה דלוקח עד שיכתוב שטר ושמא אינו רוצה שיקבל רואה קנייה ולמה כותבין למוכר אף על פי שאין לוקח עמו ואי במקום שאין כותבין שטר הרי ע"י המעות שנתן לו קנה קנייה גמורה וכיון שהמוכר העיד על עצמו שקבל המעו' למה לא יכתבו ללוקח אפילו אין המוכר עמו הא ליכא פסידא למוכר דאי משום אחריות הא אמרי' המוכ' בעדי' גובה מנכסים משועבדים ע"ש והרב עדות ביעקב סימן קמ"ג דרכ"ג ע"ג תי' דבמקום שכותבים שטר אף שיכו' הלוקח לחזור אנן ודאי חיישינן שיחזור אחר שנתן כבר המעות דחזקה אינו חוזר דומיא לבעל ששלח גט לאשתו על ידי שליח דנותנים אותו מיד לאשה וא"א ניחוש שמא חזר ובטלו אלא ודאי לא חיישינן לחזרה דמילתא דלא שכיחא היא וזה לע"ד פשוט ע"ש ולע"ד לא דמי דגבי גט סומכין על החזקה אבל בממון דקי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב כמבואר בסי' תרל"ב עיין שם

וככר הב"ח ברים סי' קכ"ב על הטור שכתב שיש לחוש שמא בטל המלוה את השליחות וכו' כתב וז"ל וא"ל דבפ' כל הגט תנן המביא גט והניחו זקן או חולה נותנו לה בחזקת שהוא קיים אלמא לא חיישינן שמא בטל השליחו' וכו' וי"ל דוקא גבי איסור אזלינן בתר חזקה או רובא אבל אין הולכין בממון אחר הרוב כדאיתא בפרק המוכר פירות וה"ה אחר החזקה וכו' ע"ש וכל שכן הוא דרוב' עדיף מחזקה וכה"ג כתב הרמב"ן במלחמות בפ' האשה שנתארמלה ובספר הזכות סי' ס"ב עש"ב ועוד אפי' דלא חיישינן בדיעבד שמא חזר לבתר זילה מיהא אין כותבין וכה"ג פרכי' בפר' קמא דמציעא אהא דכותבין ללוה אף ע"פ שאין מלוה עמו ליתחי' היכי כותבין ניחוש שמא כתב ללוות בניסן ולא לוה עד תשרי וכולי וכתב הריטב"א פי' כהי דנשטרי דעלמא דנפקי מיד בעלי' לא חיישי' בדיעבד אבל לכתחילה ניחוש להו כיון דאפשר עיין שם :

סימן ר"מ

א' דין א' בני שטרות וכולי דה"ד מכר או מתנה לאפוקי הודאות והלואות דגבו הרווייהו כל חד וחד לפום שעבודיה והכנה"ג תמה על הטור למה לא ביאר דכתובת אשה דמי לשטר מכר ומתנה ואפשר דס"ל דגם כתובת אשה דמי לשטר הודאו' והלואות באפשר שיעשה לה כתובה א' מסך זה ושוב עשה לה אחרת מסך זה ונתחייב בשתיהם עיין שם וליתא דבס"פ הכותב תנן הוליאה ב' כתובות אינה גובה אלא כתובה אחת ואמרינן עלה אי בעית בהאיך גביא אי בעיא בהאי גביא לימא תהוי תיובתא דרב נחמן וכולי ומוקמי' ליה בדהוסיף לה עיין שם הרי דכתובת אשה דמי לשטר מכר ומתנה ואם שתי כתובות שוים לא תגבה אלא מזמן כתובה שנית דבטלה לה הראשונה ואם הוסיף לה בכתובה שנייה גובה כתובה א' מהם שתרלה אבל לא תגבה שתיהם וכבר הטור בא"ה סס"י ק' כ' זה וז"ל הוליאה ב' כתובות שכתב לה ב' כתובות זו אחר זו אינה גובה אלא האחרונה שבטל הראשונה כשכתבה לה אחרונה ואם האחרונה יתירה על הא' וכולי אם רולה לגבות הא' גובה מזמן א' או מזמן ב' וכולי עיין שם :

ב' הג"ה משום דינא דבן המלך וכולי כתב הרמ"ה בפ' המוכר את הבית סי' ג' וכ"ת תינח בשאר אינשי היכא דהוי האי לוקח מעיקרא ב"מ מנ"מ א"ל דילמא דעתיה לזבונה לארעיה ולא ניחא ליה לבטוליה למלכותי' מהאי ארעא אחריתי ואע"ג דחזי' דלא זבנה לארעיה לבסוף אימור אימלוכי הוא דאימלך עכ"ל והתוס' והרא"ש והטור כ' כ"מ לענין דרך ועיין בהסמ"ע סק"ד :

סימן רמ"א

א' דין א' הנותן מתנה לחבירו וכולי שטר מתנה בהיות שה"ר יוסף הכהן וכולי יש לו ג' בנים והם הרב מסעוד וה"ר פ'ריג'א וה"ר שלום ומת בנו מסעוד והניח אחריו שני בנים ה"ר למח וה"ר יוסף ומתה האשה רחל אשת ה"ר יוסף הנז' לכך עמד בפנינו אנו עדים ח"מ ה"ר יוסף הנז' וכך אמר לנו הוו עלי עדים כשרים ונאמנים וקנו ממני בקמ"ס וכתבו וחתמו בכל לשון של זכות ויפוי כח ובכל אופן המועיל ותנו ביד בני הרב פ'ריג'א וה"ר שלום וביד היקר ה"ר יצחק הכהן לזכות נכדי ה"ר למח ויוסף להיות בידם לראייה ולזכות

ולזכות איך אני מודה בפניכ' הודאה גמורה בר"ן ובהש"ד בלא שום זכר אונס כלל ועיקר שנתתי להם מהיום ולאחר מיתה קרקע החלר הידועה לי וכולי לגבות ממנה סך ת"ק גרושו' מהיום ולאחר מיתה שהם סך כתובת אשתי וכך ת"ל ה"ר יוסף הנז' הא' שטרא דמתנא כתבוהו בברא וכו' ומעו"מ ילכו בני פ'ריג'א ושלום וה"ר ילחק הכהן הנז' לזכות נכדי ויחזיקו בקרקע הנז' מהיום ולאחר מיתה לגבות הסך הת"ק גרושו' הס וכל בא' כחם ולית מאן דימחה בידייהו בשום אופן בעולם כו"ע וכל טוען ומערער נגד שטרא דנא הרי מעו"ע יד מקבלי המתנה על העליונה ויד המערער על התחתונה ולראיית האמת והלדק כתבנו וחתמנו וכולי :

תשובה דבר פשוט דמ"ש לזכות נכדי וכולי קאי אלפניו אבל לבניו מתנה להם קאמר ואע"ג דבר"פ השואל גבי פשיטה בבעלים פליגי רב אחא ורבינא וק"ל התם כמ"ד דמקרא נדרש לפניו ולפני פניו אפשר דלשון בני אדם שאני וכן כת' התוספות שם דאפשר דלא אמרינן הכי בכ"מ עיין שם וכה"ג כתב מהרא"ח סי' כ"ח דלא קאי אלא אלפניו עיין שם וכן כתב הכנה"ג בסימן רנ"ג הגב"י אות ל"ד עיין שם וכ"ש בנ"ד דהלשון משמע כן ואם כן נראה דמחלה לבניו ומחלה לנכדיו קאמר בפ' מ"ש ההוא דא"ל לדביתהו נכסי לך ולבניך אמר רב יוסף קנתה מחלה דתניא והיתה לאהרן ולבניו מחלה לאהרן ומחלה לבניו ואע"ג דלאביי דדחי' התם אהרן בר חלוקה הוא אשה לאו בת ירושה היא ה"נ דאין בני הבנים נוטלין כתובת בנין דכרין א"ל דשלים כל א' קאמר הא פסקי' כרב יוסף דאפילו אשה דלאו בת ירושה קנתה מחלה וכה"ג כתב מהר"ם בתשו' האחרונות סימן התקל"ח עיין שם ועוד דחלק אביהם נתן להם ואביהם בכור היה והבכור נוטל פי שנים בכתובת ב"ד ואם כן נתן לנכדיו מה שהיה ראוי אביהם הבכור ליטול פי שנים ואם כן מחלה לבניו ומחלה לנכדיו קאמר :

והנה אם הבכור נוטל פי שנים בכתובת ב"ד מי הוי כירוש' האם או כירושת האב ראיתי למהרש"ך ח"ב סימן ס"א בא' שכתב לאבהו בתנאי כתובת' שאם ימות בחייו וישאר ממנה לו אפילו בנות תירש כתובת אמה כאילו היא זרע שיש לו כתובה ב"ד שכתב וז"ל אבל בתנאי דנ"ד שהתנה לזכות לבניו בנכסי אמן לא התנה שיזכו בהם אלא לאחר מיתה כדין כתובת ב"ד שהבעל יורש את אשתו ואחר מותו זוכים הבנים מכח האב ולא מכח האם וכו' ומספר כתובה נלמוד שכך כתב לה בנין דכרין דיהוון ליכי מינאי אינון ירתין כסף כתובתך יתר על חולקיהון דעם אחוהון ואם זכות כתובת ב"ד אינו בא מכח האב מהירושה מה שייך לומר יתר על חולקהון וכו' דכיון דזכות כתובת בית דין זוכים בה מכח אמם ומה שחולקים עם שאר אחיהם הוא מכח זכות אביהם לא שייך לומר יתר וכולי עיין שם הרי שכתב דכתובת בית דין דזוכים הבנים בכתובת בית דין מכח האב ולא מכח האם וכן כתב רש"י בר"פ מי שהיה נשוי במשנה וז"ל ראשוני' באים לירש את אביהם דהא אינון ירתון תנן וכולי ואמרינן נמי התם בגמ' ש"מ א' בחייו וא' במותו יש להם כתובת בית דין ולא חיישי' לאנצויי ופירש"י וז"ל ולא אמרינן כי תקון בית דין היכא דמתו שניהם בחייו וכו' דהשתא אתי תרווייהו בתורת בני' דכרי' שהיא ירושת האב ולא אתי לאנצויי אבל א' בחייו וא' במותו דיורשי שניה באים על כתובת אמן בתורת ירושת אמן ולא מאביהם בא להם ובני א' באים ליטול חלק יתר מכח ירושת האב דהא ירתון תנן לא שקלי דילמא אתו לאנצויי ולומר לא תטלו בירושת אבינו יותר ממנו הא לא אמרי' עכ"ל הרי בהדיא דכתובת ב"ד ירושת האב היא וזה מוכרח דאל"כ א' בחייו וא' במותו נמי לא אתי לאנצויי דתרווייהו אתו בתורת ירושת חוב אמן אלא ודאי דכתובת בית דין ירושת האב היא ואם כן הבכור נוטל פי שנים בכתובת בית דין והתימא על הרשב"ץ ח"א סימן ק"ן דס"ל דאין הבכור נוטל פי שנים בכתובת בית דין ע"ש דהא כתובת בית דין ירושת האב היא כמ"ש ועוד דכתיבת בית דין תקנו כדי שיקפוץ אדם ויכתוב לבתו דוקא לגבי בני השנייה שלא יירשוה אבל לגבי בניה אמאי יעקרו שלא יירש בנה הבכור פי שנים והרי מזונות האלמנה והבנות קודמי' לירושת הבן כתובת אמו אע"ג דשניהם תנאי כתובה כמו שפ' הרמב"ם והטור בא"ה"ע סי' קי"ב עיין שם אלמא לא עקרו ירושת הבעל לגמרי ואם כן אמאי אין הבכור נוטל פי שנים וא"כ גם לדעת הרמב"ם דירושת הבעל אינה אלא מדרבנן ואין תנאי כתובת ב"ד עוקר ירושת הבעל וירושת האב מיקרי ונוטל בה הבכור פי שנים וכן מבואר בירושלמי פ' מי שהיה נשוי ועיין בתשובות הרשב"ם סימן תקל"ז בסיפה שכתב דממונא של אם הם היורשים ול"ע :

אבל יש להסתפק אם בני הבן עומדי' במקום אביה' ומהרי"ע בס' בני יהודה סימן קי"ג נסתפק בבנות הבן משמע דהבנים עומדים במקום האב ע"ש אבל מהריק"ש בהגהות' לאה"ע סימן קי"א כתב דאם מתו הבנים אין בני הבני' נוטלין כתובה בית דין דאינון ירתין תנן ולא בני בנים ובתבו' בס' אהלי יעקב סי' ס"ח הביא ראיה מדברי הרמב"ם בפ"י מה' מעשר שני כהן שמכר בדהו לישראל וא"ל וכולי ע"מ שהמעשרות לי ולבני מת הוא יטלם בנו הרי דאע"ג דאמר לי ולבני בנו לבד שנוטל דאם נוטלין אותו בניו ובני בניו וכל זרעו אחריו ליסמעי' רבותא לומר נוטלין אותן כל יוצאי ירכו וכולי וה"נ דכוותה עיין שם וכן קי"ל בתומ' נכסי לבני דאין בן הבן בכלל כמבואר בסי' זה וז"ל מהר"ם בתשובות האחרונות סימן קל"ו ובשאלתם על ראובן בנתן כל נכסיו לבנו ע"מ שיתן לארבע בנותיו כך וכך ונפטרה א' מן הבנות בחיי אביה נ"ל דאע"פ שהמתנה מהנה בהם יתנו לג' בנות הנמלאות אבל בחלק המיתה יהיו פטורי' אפי' מלתא ליורשיה כדתנן וכולי לי ולא ליורשי וכולי ועוד דאמרינן ר"פ מי שמת ההוא דאמר נכסי לברי הוה ברא ובר ברא ומסיק דלא קרי אינים לבר ברא ברא וכולי ה"נ כיון דאמר לבנותיו דוקא קאמר ולא ליורשיה וכולי עכ"ל וה"נ לי ולבני דוקא בניו קאמר וכ"ש בתנאי ב"ד דאינון דוקא תנן ועיין בתשו' הרשב"ם סי' י"ב וסי' רע"ו :

איברא דנראה דעת הפוסקים דלא ס"ל הכי דחידוש כזה לא הוו שתקי מיניה וכה"ג כ' מהריב"ל ח"ד סימן כ"ה על דברי הרמב"ן בנותן דירה בב' קנייני' וכולי שכ' אני סבור ששאר הפוסקי' דחי' כזה לא הוו שתקי מיניה כמ"ש הרי"ף על דברי רב יהודה גאון ביבמות בפ' האשה שהלך עיין שם וכן כתב עוד מהריב"ל ח"ג סימן ק"ב על דברי מהר"ם על אשה שטענה על בעלה דישען על ביתו וכולי שהיא סברת יחיד דא"כ לא הוו שתקי הפוסקים וכה"ג כתב הרי"ף על דברי רב יהודה גאון וכולי עיין שם וכן מרן הב"י סימן ק"ד דחה דברי מהר"ם דא"כ לא לישתמיט א' מהפוסקים לכתוב כן עיין שם ואף שמהרשד"ם סימן של"ב תמה עליו וכי מהר"ם לא חשיב שחדש דין שאינו ברור בפוסקים וכיון שלא

שלא מלינו חולק אפשר שאר פוסקים לא נפלו בו לבארו ומקום הניחו לו הקדמונים כבר כ' ה' בית דוד סימן פ' דאין להביא ס' מהר"יק מפני מהרשד"ם ומהריב"ל ח"ג סימן ל"ה כ' על התוספות שכתבו דלפר"ח לא בעי' שדך תחילה לענין חשש שבלונות דאין לחוש להם דכיון שלא נזכר דבר זה בפוסקי' ראשונים ואחרונים עיין שם וכה"ג כ' מרן בבד"ה א"ה סימן ע"ש מיהו כבר ראיתי לה' כנה"ג בתשובות ח"א סימן ס"ו שדחה דברי מהר"י איסקאפא שכתב על דברי מהר"י קולון דאם הערב היה היורש גובי' יורשי המלוה ממנו דאם חי' זה המת לא הוה שתק תלמודא מיניה והמה עליו הרב דא"כ לא שבקת חיי לכל פוסק שיחדש איזה חידוש שלא הוזכר בגמ' או בפוס' שקדמוהו והרי"ף ביבמות בפ' האשה שהלך וכו' שדחה דברי רב יהודה גאון מה"ט שאני התם דהדבר זר מחמת הסברא וגם איכא מרבוותא שכ' הפך דבריו וכן מלינו בירושלמי הפך דבריו ואם כן א"ה דתלמודא דידן חולק על הירושלמי לא היו שתקי לאשמעי' חידוש כזה משא"כ בכ"ד דהסברא נכונה וליכא מאן דפליג עליה ע"ש וה"נ דכוותא סברא נכונה היא וכ"ש שיש לה סמוכות כמ"ש ועיין בתשובות הרשב"ש סימן רכ"ה וכן ראיתי למהר"ם ן' חביב בספר גט פשוט כלל ד' שעמד בזה בדברי האחרוני' ומסיק וז"ל וראיתי אני בלבי דפשר דבר זה הוא תלוי בשיקול דעת הדיין שאם החילוק של אותו פוסק הוא חילוק נכון ומסתבר ואין לו סתירה מדברי הגמ' והפוסקים אפילו מדיוקא אז אמרינן דהלכה כאותו פוסק ומסתמא כ"ע מודו אך אם יש לגמגם על אותו חילוק של הפוסק ממשמעות הגמ' או הפוסקי' או מסברא אמרינן דמסתמא פליגי עליה ומ"מ כיון דלא חלקו עליו בהדיא חיישי' לדברי אותו פוסק להחמיר באיסור א"א עכ"ל ואם כן נראה דחילוק זה משמע דאינון ירתון תנן ולא בני בנים וגם מסתבר הוא אין לדחות דברי מהריק"ש ואת"ל לא מסתבר כל ספק שנפל בין בכור לפשוט היורשי' מיקרו מוחזקים ואין הבכור נוטל פי שנים מספק וא"כ כיון דלא מלינו מי שחולק על מהריק"ש חיישי' ליה להוציא ממון משאר יורשים ועיין בס' בני חיי בא"ה סימן כ"א וכבר הוכיח הרשב"ץ ח"א סי' ק"ן וח"ג סי' ק"ן דלשון תנאי כתובה דוקא הוא ופסק שם דאין כתובת ב"ד אלא כשיש בני' זכרי' מב' נשי' והאריך להוכיח דלשון תנאי כתובה דוקא הוא ע"ש וכן פסק מהרש"ך ח"ב סימן קי"ב ע"ש וה' נתיבות משפט דרל"ב דקדק מדברי רש"י בפ' האשה רבה דאפילו כשאין בנים זכרים לשנייה יש כתובת ב"ד והשכים דאין להוציא ממון מיד המוחזק ע"ש ונ"ל ראייה לדעת הרשב"ץ ומהרש"ך מדאמרי' בפ' מי שהיה נשוי אי אשמעי' הכי הו"א כגון שנשא ג' נשים ומתו שניהם בחייו וא' במותו והך דמייתה לאחר מיתה יולדת נקבה היא וכולי וא"א אמאי נקט נשא ג' נשים בשני נשים משכחת לה בכה"ג אלא ודאי דלא שייך כתובת ב"ד אלא כשיש בנים זכרי' לשנייה וה"נ אינון ירתון תנן ולא בני בני':

ומ"מ אע"ג דבן הבן אין נוטלי' כתובת בית דין יכול האב ליתן ומסתמא מה שהיה ראוי אביהם הבכור נוטל פי' שנים נתן להם ועוד דקי"ל כרב יוסף דאפילו אשה דלאו בת ירושה היא קנתה מחלה וה"נ אפי' אין הבכור נוטל פי שנים כתובת בית דין כיון דמשמע מחלה לזה ומחלה לזה יש לקיים הדבר כן וכה"ג כתב מהרשד"ם סימן שפ"ה עי"ש:

ומה ששאלת דלא כתבו העדים וקנינו וכולי ומתנה דמהיום ולאחר מיתה לריך קנין כבר כ' מהריב"ל ח"ד כיון שאמר לעדים קנו ממני וכולי ודאי כן עשו העדים שקנו ממנו וכן דעת הרמב"ן דקנו ממני וכולי וקנינא וכולי הוו שני קניינים מה"ט דאם העדים היו חותמי' בשטר שכתוב בו וקנו ממני וכו' אפי' לא כתבו וקנינא וכולי סגי דחזקה עשו העדים שליחותן ואם לא קנו מידו לא היו חותמין עיין שם והביאו הכנה"ג סימן מ"ג אות כ"א עיין שם וכן פסק ה' בסימן רכ"א הגה"ט אות ז' עיין שם וכן כתב ה' פני משה ח"ב סימן נ"א דקע"ד ע"ג עיין שם וה' קהלת יעקב דקפ"ג הביא דברי מהריב"ל והפ"מ ח"א סימן ס"ו שכ"כ עיין שם ולא זכר שה' פני משה בהיתה תשובה אח"ך דק"ס כ' דהוא מהסס בדבר דלא מקרו שני קניינים דקני שכתב בתחילה כפירת דברים בעלמא הוא וכן פקפק ה' שי למורא עיין שם והביא ה' עלמו דק"פ ע"ב עיין שם ועיין בספר בית יהודה סי' ס"ב שכ"כ דקנו ממני וכולי הוי ספור דברי' ולא ראה דברי מהריב"ל מיהו נראה דלכ"ע אם אמר קנו ממני סגי דחזקה עשו העדים קנין אלא דס"ל אם כתבו וקנינא וכולי שכתבו העדים שעשו כן לא הוו שני קניינים והרשב"ג ח"ג סימן ס"א דף ס"א ע"ב כ' וז"ל שאלו לר"י הלוי מה הועיל זה הלשון והלא לשון עתיד הוא כמו ישמרנו ועשינו שהוא כמו ונשמע ונעשה שהוא"ו לעתיד ואם כן וקנינא רולה לומר ונקנה ועדיין לא קנה והשיב כי הפרש בין שהוא תחלת הדבור בין שהוא באמלע וכולי אבל מי פעל ועשה הוא וא"ו העטוף ונמשך לתחילת הדבור שהוא פעל שהוא עבר וכן ועשה וכן קנינא הוא נקבר עם א"ל פ' וקנינא עבר וכולי עיין שם:

ב' הנותן מתנה לחבירו וכולי שטר מתנה שהוליא יורש אחד וטענו שאר יורשים ליקח טופס

כתב מרן הב"י סוף סימן ס' דנר' מדברי הרא"ש דדוקא בשזה טוען מזוייף נותנים לו הטפסת השטר אבל בטענ' אחרת כיון שמודה שהשטר אינו מזוייף נראה שאין נותנים הטפסת השטר שאינו נוטל אותו אלא להתחכם לשנות וכולי וכך מטים דברי הרמב"ם וכולי עיין שם והרשב"א בתשו' ח"ב סי' קע"ב כתב ולענין הטפסת הכתוב' אשר תבע לוי אינו בדין דמלי האלמנה למימר דמית עלאי כארית הרבא וכו' ואיני לריך שיהא טופס כתיבתי מונח אללך כדי שלא התחכם להערים ולמלא עילה לפסול את שטרי עיין שם וגם הרשב"ש בתשובו' בסי' תקע"ז כתב ולענין התובע טופס בטר של הנתבע הרשב"א כ' בתשו' שאין נותנים לו וכן כתב תלמידו הרב רי"ט אלאשבילי עכ"ל ונראה דאפילו נתקיים השטר בחותמיו אם טען זה שהוא מזוייף נותנים הטפסת השטר שיברר שהוא מזוייף כמו שכתבו התוס' במליעא דף י"ג בד"ה הא וכו' וז"ל אבל הכא במתני' איירי שהלוה בפנינו בשעת מליאה וטוען מזוייף ולכך כיון דאיכא ריעותא דנפילה וגם טוען הלוה בודאי מזוייף לא יחזיר כי יש לחוש שמא יגבה מיתומים ומלקוחות או שלא בפניו על ידי קיום השטר וקיום אינו מועיל כי שמא טרח לזייף השטר בטוב עד שסוברים העדים שהיא חתימתן כי ההיא דג"פ וכו' עיין שם וכן קיימא לן בסימן ס"ג המוליא שטר חוב על חבירו ובאו שנים ואמרו ממנו שאל לזייף לו שטר זה אע"פ שנתקיים השטר זה בחותמיו אין גובין לעולם אלא א"כ עדי השטר מעידים שראו ההלואה או אחרים מעידים עליהם שראו שחתמו ואם עדי השטר מעידים שזה היא חתימתן גובי' בו עיין שם אם כן נראה דהכא נמי אם טען שהוא מזוייף אפילו השטר נתקיים בחותמיו נותנים לה הטופס כיון דאפ' שטרח לזייף השטר בטוב עד שנראה לעדים

שזה

שזה היא חתימתן אבל אם עדי השטר מעידים שזו היא חתימתן אין ניתנין לה הטפסה: עיין שם בהש"ך אבל אם מודה שהשטר אינו מזוייף וטוען טענה אחרת אין נותנים לו טופס השטר וכתב הב"ח בסי' ע"ז שכן נראה עיק' בהב"י ועוד דלא יהא אלא ספיקא דדינא הלא הרשב"א פסק שלא יתנו הטפסה ודברי הרמב"ם והרא"ש אם תמצי לומר דהילכתא כוותיהו אפשר לומר דדוקא בטוען מזויי' לכן מספק אין לכופו ליתן נו הטפסה וכו' וכ' הכנה"ג בסי' ס' ובתשובו' בעי חיי סימן כ"ט כתב דאין נראה דאף על גב דנראה לכאורה שבעל השטר הוא המוחזק לא היא שהלוה שהמעות בידו הוא המוחזק ולא בעל השט' דקיימא לן כב"ה דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי לכן הלוה שהוא מוחזק יכול לומר קי"ל כהרמב"ם והרא"ש בסוברים שכופין את המלוה ליתן את השטר ואם לאו אינו פירע וכולי עיין שם וליתא דאפילו בטענת מזוייף מסתברא דכיון דקיום בטרות דרבנן ודעת רוב הפוסקי' אפילו הלוה טוען מזוייף אין צריך קיום מדאורי' דעדים החותמים על השטר כמי שנחקרה עדותם בבית דין דמי אם כן מספק לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה וכן כתב הרב עדות ביעקב סימן כ"ז על כתובה שלא מנאו לקיים חתימת העדים אלא חתימת הבעל דטורפת מלקוחות דהתוס' ריש גיטין בשם ר"י וכמה פוסקים ס"ל דאין טוענים ליורשים וללקוחות מזוייף וכיון דאיכא פלוגת' לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה אלא אדרבא המלוה הוא המוחזק דמוקמינן אדאורייתא' דאין צריך קיום עיין שם וגם הגמ"ר בשם ר"י אבינדור הכהן ודעימיה דסבירא ליה דאם טען הלוה בריא מזוייף צריך קיום מדאורייתא היינו דוקא בשלא נתקיים כלל: אב אם נתקיים אלא היכא. דאיכא ריעותא חיישינן שמא טרח לזייף בטוב עד שנראה לעדים שהיא חתימתן. ודאי דחששא דרבנן היא ולענין זה שרוצה ליקח טופס השטר שהוא כבר מקויים והיכא פלוגתא אם כופין אותו ליתן לו הטפסה אפי' טען מזוייף אמרינן יד בעל השטר על העליונה וכתב עוד ה' שם שהסמ"ע יחיד הוא בדבר הזה וכבר חזר בו בתשו' סימן רמ"ד דודאי יכול המוחזק לומר קים ליה כהסמ"ע כיון שהרא"ש בתשו' סימן ל"ז קאי כוותיה שדבריו של' ברור מללו דבכל הטענות סיבר הרב דנותנים לו טופס השטר עיין שם וכן ראיתי להרדב"ז בתשובות ח"ג סימן תרל"א שכתב דאם שאל הנתבע העתק השטר נותנים לו וכ"כ הרא"ש בתשו' ודברים של טעם הם עיין שם :

ג' דין ב' מחל לחבירו וכולי שאלה על שטר שהיות בהאשה פ' נכנסה עפ"ק בעד בנה ה"ר אליהו בעד החוב שחייב לגוי וכולי לכך עמד בפנינו אני עדים ח"מ ה"ר אליהו והודה הו"ג וחייב את עצמו חוב גמור שלא לבטל את מלאכתו וכולי ואם בטל ממלאכתו בענין שלא יוכל לפרוע את חוב הגוי באופן שתתחייב אמו לפרוע לגוי מעותיו חייב את עצמו ק"ג שימחול לאמו מעו"מ מחילה גמורה בחלק המגיע לו מכל עזבון שהניח אביו בין במקרקעי בין במטלטלי' בין בנכסי' באופן שהוא כאיש זר שאין לו שייכות בתפיסת הבית כלל וכולי וקנינו מיד ה"ר אליהו הנז' בקש"ם וכולי עכ"ל ועכשיו הלך הבן ה"ר אליהו למ"ה ופרעה אמו החוב עליו לגוי מכח הערבות מה דינו ושכמ"ה :

תשובה הדבר פשוט דקרקע אינו נקנה במחילה כמבואר בתשובות הרשב"א שהביא מרן הב"י ובתשובות הרא"ש שהביא הטור סימן רמ"ה ע"ש וכ"כ הר"ן בפ' נערה דע"ד וכ"כ הרמב"ן והרא"ה והריטב"א הובאו בש"מ לכתובות שם ובפ' הנזקין דנ"ח דאמרינן אין דין אנפרות בבבל כ' הריטב"א נחי' שם וז"ל פי' דהלוקח מאנפרות וחזר ולקח מישראל מקחו קיים דכיון דאיכא בי דוואר ולא קיבל אתולי אחיל וכן פי' ר"י הלוי בן אחיו של רבי' אבל ליכא לפרש שאם לקח מאנפרות אע"פ שלא לקח מישראל דמקחו קיים דהא אנפרות לא קני וכולי קרקע אינו נקנה לאחר במחילה וכ"כ הר"ן בסימן ש"ה אבל הטור ומרן בסימן רל"ו ס"ט וז"ל אבל אם יש שופטים בארץ והיה אפשר להוציאו מיד הגוי ולא עשה אז ודאי נתייאש וכולי ע"ש וכ"ר דס"ל דאפי' לא חזר ולקחו מישראל מקחו קיים דכיון דהיה יכול להוציאו מידו ולא עשה ודאי נתייאש ויאוש הוי כהפקר כדאמרי' בפ' השולח גבי עבד שנשבה ע"ש וכן המטלטלין והנכסי' שהם בעין לא נקנו בלשון מחילה כמו שהוכיח מהריק"ו מדברי הרמב"ם אלו ופסקו רמ"א וכן מבואר בתשובות הרא"ש שהביא הטור סס"י ע"ג וכ' הב"ח והסמ"ע שם דה"ה מעות בעין שהם פקדון וכ"כ המב"ע ח"א סימן כ"ה בא' שמת והחזיקו בנכסיו אחיו מצד האם ואח"ך בא היורש לזכות בנכסים ונתפשר עמהם ועשה להם שטר מחילה דהמחילה שמחל במעות אם לא הקנה אג"ק אינו יכול למחול כיון שהמעות הם בעין ע"ש מיהו כ' הש"ך בסי' ע"ג ס"ק כ"ה דנראים דבריהם דווק' במעו' פקדון צרורים דאל"כ כיון שיכול להשתמש בהם הוו כמו הלואה דשייך לשון מחילה עיין שם וכן כתב הט"ז שם ובזה ניחא מ"ש הרמב"ם פ"א מה' מכירה או המוחל לחבירו חוב או פקדון שיש לו בידו וכולי דמיירי בפקדון מעות שאין צרורים שיכול להשתמש בהם דהוו כמו חוב ומהרשד"ם סימן של"ו כ' דמיירי בפקדון שנשרף ונאבד עיין שם וכ"מ מדברי מהרשד"ם סימן שכ"ח ע"ש והא דתנן בפ' הזהב הנותן ערבון לחבירו וא"ל אם חוזרני בי ערבוני מחול לך וכולי וכתב הרמב"ם ומרן סי' ר"ז סי"א כבר הט"ז שם כתב וז"ל ונלע"ד מיירי בערבון מעות לכך קנה במלת נחול לחוד או דל"ד קאמר מחול וכולי עיין שם וכן כתב הג"י בפ' הזהב שנתן לו ערבון מעות ע"ש וה"ט משום דיכול להשתמש בהם וראיתי להב"ח בתשו' סימן קמ"ט שכ' דה"ד במטלטלין שהיו ברשות המקבל לא מהני מחילה אבל הנותן חפץ לחבירו ומיחל לו מהני כמ"ש עש"ב ולפ"ז ניחא נמי הא דהנותן ערבון לחבירו וכולי שא"ל ערבוני מחול לך בשעת נתינה ולבאור' נר' דבקנין קנה כמ"ש הריטב"א בפ' נערה שם ובש"מ למציעא על דף ס"ז ע"ב עיין שם ועיין בהג"י שם וכן כתב הרשב"א בתשובות הביאו מרן הב"י וז"ל שאלת ראובן היה תופס קרקעו של שמעון ולא היה יכול להוציאו מידו עד שא"ל ראובן לשמעון מחול לי הקרקע ועשה לי שטר מחילה וכולי וכתב לו שטר שמחל לו אותו קרקע וכולי תשובה הדין עם ראובן דכל שקנו מידו אפי' באומר דין ודברים על שדה זו קי"ל דמגופו של קרקע קנו מידו ע"ש ומהרשד"ם סימן רע"ח העתיק לשון הרשב"א הדין עם שמעון כיון דלא קנו מידו וכולי ומ"מ משמע דאם קנו מידו קנה עיין שם ונראה שראה תשו' הרשב"א בב"י סי' י"ב והניה הדין עם שמעון ע"ש ותשו' הרשב"א היא בח"ג סימן ה' כמו שהעתיק הב"י בסימן זה וכל"ל בב"י סי' י"ב כמ"ש הכנה"ג שם ומהרא"ד"ב בס' לחם רב סימן ק"ן עיין שם והב"ח בסימן ע"ג הק' מדאמרי' בבתרא דמ"א גבי רב ענן והא אחיל ליה וכו' אלמא שייך לשון מחיל' בקרק' ותי' דה"ק והא אחיל ליה התביע' וכו' והסכי' עמו ה' גנת ורדים כלל ג' סי' מ"ו עיין שם ובסי' זה

נדחק

נדחק בתשובות הרשב"א שכ' וכתב לו שטר שמחל לו אותו קרקע וכולי דנ"ל שלא כתב לו באותו לשון אלא שמחל לו כל תביעה שהי"ל על אותו קרקע אבל לשון מחילה לא מהני והביאו הכנה"ג אות מ"ג ע"ש וליתא דבתשו' הרשב"א מבואר דהיינו דוקא כשקנו מידו משום דקיימה לן דמגופו של קרקע קנו מידו ולדבריו שמחל לו התביעה אין צריך קנין ותשו' הרשב"א בח"ג סימן ה' העתיק טופס השטר וז"ל העדנו על עצמו בקנין מעכשיו פב"פ מחמת שרצה ברצון נפשו בלא שום אונס ומחל קרקע פ' לפ' במאה דינרים עיין שם וכן כתב עוד בתשובה אחרת סי' י"ד וסי' שכ"ד דמחילה אפי' בקרקע שלו כשקנה מידו קנה עיין שם ובתשובה אחרת סימן פ"ו בראובן שעשה שטר הודאה לשמעון שיש בידו כו"כ שטרות ולקץ ימים תבעו שמעון וא"ל החזיר לי השטרות וא"ל אתה מחלת לי תביעה זו ביני ובינך וכולי כ' וז"ל אבל מ"מ טענת המחילה שטען וכולי שאפילו מחל לו בעדים ובשטר לא עשה כלום שהשטרות אינם נקנים אלא בכו"מ וצריך שיאמ' קני לך וכולי עיין שם משמע דאפילו מחל לו התביעה לא מהני וכן ראיתי להמבי"ט ח"א סימן שי"ד שכ' על שטר שכתוב בו מחלתי לו כל מין הביעה אשר לי עליו הן על הבתים הן על הספרים וכולי וא"ל וגם כל מין תביעה הכתוב' במחילה על הבתי' ועל ספרים אין לשון מחילה מועלת לדבר שהוא בעין וכולי אא"כ יש לו תביעת שעבוד חוב על הבתים או איזה תביעה שהיה יכול לסלקו בממון אז יועיל בו לשון מחילה וקרוב אני לומ' דלשון מחילת תביעה אפילו על חוב או שעבוד לא יועיל כיון שאינו מוחל החוב או השעבוד בפי' אלא התביעה וכולי ע"ש הרי דס"ל דמחילת תביעה לא מהני ומה שהק' מהך דרב ענן לא ראה תשובות מהריק"ו שורש ל"ד שכתב וז"ל ואל תשיבני מההיא דפ' חזקת וכולי דפשיטא דדוקא התם דהוה קמסייע בהדיה וכולי וכן כתב שם רשב"ם בהדיא דכיון דסייע בהדיה כמ"ד לך חזק וקני דמי ומתורת חזקה גמורה היא רוצה רב ענן לזכות בקרקע ולא מכח מחילה וכולי עיין שם ועיין בחי' הרמב"ן והריטב"א בפ' נערה תי' אחרים וכ"כ הרשב"א בתשובות ח"ב סי' מ"א ע"ש איברא דהרא"ש בתשו' הביאו הטור בסימן ע"ג כתב וז"ל ושאלת שרוצה לפדות משכונו שביד שמעון וא"ל שמעון כבר מחלת לי וטוען ראובן שאינה מחילה לפי שלא היה בקנין מחילה לא בעי קנין מיהו מחילה לא שייך במשכון וכו' משמע דאפילו בקנין לא שייך לשון מחילה וכן כתב הפרישה שם ומהרשד"ם סי' רע"ח ע"ש :

ומ"מ דעת הרשב"א והריטב"א דמחילה אפי' בקרקע בקנין קנה וכל שכן במטלטלין בעין וכן פסק הט"ז בסימן זה עיין שם ומהרח"ש ח"א סי' ל"ג פסק דסלוק לא מהני בקנין כמ"ש הג"א הביאו הב"י סי' ל"ז לפי' ר"ח והרי"ף ור"י בר שמואל וריב"ש לא מהני בזה הלשון דין ודברים וכו' עד שיקנו לו גופה של קרק' וכן נראה מדברי הרמב"ם בפרק ט"ו מהלכות עדות שכתב קרקע שבין ב' שותפי' אינו מעיד לשותפו אלא אם סלק עצמו ממנה וקנו מידו שנתנה לשותפו הרי דלא הספיק בסלוק לבד אלא שנתנה לשיתפו עיין שם וכ"כ הסמ"ע בסימן ל"ז סק"ז דרוב הפוסקי' הכי ס"ל וכן משמע ל' הטור עיין שם והרב בית יהודה סימן יו"ד פסק דלא מהני סלוק בקנין עיין שם ולא ראו דהרא"ש והר"ן בפ' הכותב נ"כ הסכימו עם רש"י דמהני קנין וכן הרא"ה והריטב"א בש"מ שם והראב"ד בספר תמים דעים סימן רל"ח דכ"ד חולק על הרי"ף עיין שם וכ"ש הר"ן דגם לפי' הרי"ף באומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו וקנו מידו קנה כדאיתא בפרק חזקת וכ"כ המ"מ בר"פ כ"ג מהלכות אישות עיין שם וכן דעת הרמ"ה בפ' חזקת סימן קל"א עיין שם א"כ דעת רש"י ורשב"ם והראב"ד והרמ"ה והרשב"א והרא"ש והרא"ה והריטב"א והר"ן והמ"מ דקנין מהני בלשון דין ודברים וכו' וכבר האריך מהר"ש ברורו בתשו' בס' פני משה ח"א סימן פ"ב ושם תמה על הסמ"ע עיין שם בארוך ואם כן נראה דהגא נמי מחילה בקרקע בקנין קנה ואף על גב דגבי יהוד פל' בבית זה קיי"ל כרב האי וסייעתיה דאפילו בקנין לא אמרינן מגופה של קרקע קנו מידו ועי' עוד בסי' ס"ב כבר כ' מהרימ"ט סימן מ"ד דרב האי לא מצי פליג על הרשב"א דאפי' אמר ל' גרוע כי קנו מידו קנה דאפילו לגי' הרי"ף דאמתני' קאי מ"מ הדין דין אמת דבפרק חזקת מייתי לה ויש לחלק בין אומר דין ודברים וכולי שעל השדה הוא מדבר אלא שהלשון גרוע וכו' אבל ביאכל פ' פירות דקל זה שלא עלתה על דעת לתת לו הגוף וכו' ע"ש ובאמת שאינו מוכרח שהרי הג"א כ' דלפר"ח והרי"ף לא מהני בזה הלשון עד שיקנו מידו בפי' מגופה של קרקע וכן כתב הסמ"ע דגמ' לאו דוקא קאמר וא"כ אפשר דרב האי הכי סבירא ליה ובזה ניחא מה שתמה מהרימ"ט שם והרב תורת חסד סימן רכ"ב על התוס' דס"ל דלא מהני קנין לשון דין ודברים וכולי ע"ש מיהו אפשר דרב האי לא אמרה אלא גבי ידור פ' אבל בל' דין ודברים שעל השדה הוא מדבר אלא שהלשון גרוע מודה דהקנין מתקן כמ"ש מהרימ"ט וכן מצאתי להרשב"ש סימן שכ"ב שפסק כן דלא קנה דירת בית אפילו בקנין אבל אומר דין ודברים וכו' קנה בקנין עיין שם בארוך אבל ראיתי להרשב"ש סימן ז' שכ' וז"ל שאפי' במטלטלין אין נקנין במחילה וכל שכן קרקע אם לא כתב לו ידי מסולקת ממנה ואין לי עסק בה דאז הוי סליק אם קנו מידו וכולי עיין שם משמע דלשון מחי' לא מהני אפילו בקנין וכן הסכים הרב בני אהרן בסימן זה דל' מחילה גרע מדין ודברים וכולי ולא מהני בקנין לדעת הרא"ש עיין שם בארוך ומהרח"ש חלק שני סי' ך' נסתפק בזה וכתב דמסתברא דגם למאן דאמר דלא מהני לשון דין ודברים בקנין ה"ד בקרקע אבל במטלטלין שיש לו ביד אחר דשייך תפיסה כל שקנו מידו דחשיב סליק גמור וכהפקר ממילא זכה הלה במה שתפוס גם הרא"ש בתשו' הביאו הטור סימן ע"ג כתב וז"ל ששאלת שרוצ' משכון שביד שמעון וא"ל שמעון כבר מחלת לי וטען ראובן שאינה מחילה לפי שלא היה בקנין מחילה לא בעי קנין מיהו מחילה לא שייך במשכון וכו' משמע דאפי' בקנין לא מהני לשון מחילה כמ"ש מהרשד"ם בתשוב' שם וכ"כ הפרישה סימן ע"ג עיין שם ומהראנ"ח בס' לחם רב סימן ק"ז כתב דנ"ל דלא אמר הרשב"א אלא כשאמר בהדיא על הקרק' אבל כשלא פי' אמרי' דלא אמר לשון מחילה אלא למה ששייך בו לשון מחילה אבל מכל מקום איני קובע עלמי בחי' זה דאלו כתו' במחילה כל מה שנשאר מאביהם בידו וברשותו הייתי סומך על חי' זה מפני דבידו וברשותו לא משמע על הקרקעות דאינם בידו דאף על פי שדר בהם לא שייך בקרקעות תפיסה דברשות היורשים הם עיין שם ועיין בהרשב"א בתשו' חלק רביעי סימן רי"ג שכתב בכ"ד דלשון שיעמדו בבית דין א"א לומר בידם ממש אלא ברשותם כדאמרינן בפ' הזהב וכל דכתיב ידו ידו ממש והכתיב ויקח כל ארצו מידו וכולי וה"נ אגיל

ביד בית דין ממש שהקרקעות א"א לעמוד בידם אלא ברשות בית דין קאמר עיין שם ואם כן זה שאמר כל מה שנשאר בידו וברשותו אדרבא א"ל דבידו קאי על המטלטלין וברשותו על הקרקע ואפי' לא אמר כל שנשאר בידו לבד משמע אפילו על הקרקע שהוא ברשותו (א"ה עכ"מ והשאר קרוע ואח"ך מצאתי כתיב ומהר"ם ברורו וכו') ומהר"ם ברורו בתשוב' בס' פני משה חלק ראשון סימן פ"ב כתב דה"ד כשקנו מידו שמחל המשכון כמ"ש הריטב"א בחי' ר"פ הכות' בשם הר' יונה דדוק' כשאמ' בתחילה דין ודברים אין לי על שדה זו ואחר כך קנו מידו סתם אמרינן דעל גופה של קרקע קנו מידו אבל אם קנו מידו שאין לו דין ודברי' על שדה זו קנין דברי' בעלמא הוא ואם כן מה שנראה מדברי הרא"ש דאפילו בקנין לא מהני לשון מחילה היינו כשקנו מידו על מחילת המשכון אבל אם אחר המחילה קנו מידו סתם מודה דהקנין מתקן והרשב"א איירי בהכי ולא פליגי הרשב"א והרא"ש וגמשך אחריו הרב שמחת יום טוב סוף סימן כ"ט עיין שם ולא זכר דהרב פני משה סימן פ"ג דחה דברי מהר"ם ברורו והסכים דהרא"ש מודה דבקנין קנה והסכים עמו הרב פרח מטה אהרן חלק שני סימן ל"א עיין שם וציין בס' קרית מלך רב חלק שני דכ"ה ע"ג וראיתי להרדב"ז חלק ראשון סימן ק"ח שכ' וז"ל ועוד יש טעם אחר שכיון שכתב זה התנאי בעודה ארוסה וקנו מידו נסתלק לגמרי מנכסיה ופירותיהם דקי"ל אם קנו מידו דמגיף הקרקע קנו מידו וכן דעת רב האי גאון והרמב"ם פ' כ"ג מהלכות אישות ואפילו לדעת הרמב"ן והרשב"א שכ' פי' אחר בהאי בעיא דהכותב קנו מידו מאי מכל מקום לא הטעו בין ב' הפי' והממע"ה עיי"ש ולכאורה שזה תלוי במחלוק' אביי ורב אשי בר"פ הכות' ותימא לי מכל מילי סליקא נפשך אמר אביי יד בעל השטר על התחתונה רב אשי אמר בנכסייך ולא בפירותיהם בנכסייך ולא לאחר מיתה משמע דרב אשי לית ליה דאביי דיד בעל השטר על התחתונה כמ"ש התוס' שם וה"נ לאביי כיון שיש ספק במחילה לא הוי סלוק ולר' אשי הוי סלוק וכבר כתבתי בסימן י"ב ובסימן מ"ב דעת הפוסקי' בזה עיין שם באורך ומכל מקום הרי הרדב"ז העיד דמהר"י בן מיגש סבירא ליה (א"ה עכ"מ) :

ד' כתב ה' פני משה סי' כ"ז דצריך שידע המוחל כמה הוא כך מוחל ועל הכל הוא מוחל אבל אם לא ידע הסך דהוא מוחל אם כן לא ידע מאי קא מחיל והו"ל מחילה בטעות וכן נר' מתשו' מהרא"ח עיין שם וכן הוכיח מהרימ"ט חלק ראשון סי' ק"ב עיין שם והפר"ח בס' מים חיים בתשו' סימן י"ג כ' דליתא דה"ד לדעת הרמב"ם אבל לדעת כולהו רבוותא כל שמחל אע"ג דלא קיין הוי מחילה כמ"ש בסימן רל"ב וברייתא דאונאה דקתני אבל במפרש מוכר שאמר ללוקח חפץ זה שאני מוכר לך במאתים יודע אני בו שאינו שוה אלא מנה וכו' לאו דוקא דה"ה אם אמר יודע אני שיש בו אונאה וכן מוכח מדברי רש"י שם וכן נראה מתשוב' הרשב"א הביאה מרן בב"י סוף סי' י"ב ע"ש ולא ראה מרן בש"ע סימן רל"ב דין ז' כתב לשון הרמב"ם וז"ל כל הלוקח סתם וכו' הרי זה חוזר עד שיפרש המום שיש במכר ומחל הלוקח או עד שיאמר כל מום שימצא במקח זה הפחת דמיו עד כך וכך קבלתי אותו שהמוחל צריך לידע הדבר שמוחל לו בו ויפרש אותו כמו המפרש האונאה וכ' הסמ"ע אף על גב דלא קי"ל כהרמב"ם בהמתחייב דבר שאינו קצוב הכא קיי"ל כוותיה ולא מטעם שהוא דבר שאינו קצוב אלא משום דיליף ק"ו דאונאה כמ"ש המ"מ עיין שם בהש"ך וכ"מ בדברי מרן בב"ה ובד"מ עיין שם ועיין בהסמ"ע סימן רכ"ז אם כן סבירא ליה גבי אונאה המום אם לא פי' הסך שמוחל יכול לחזור וכם' מהר"ש חסון בספר משפטים ישרים סי' פ"ו הביא ראייה מדברי הרמב"ם פט"ו מהלכות מכירה עיין שם ותשוב' הרשב"א שהביא מרן הב"י סימן י"ב כבר כתב עלה הרמ"ע סימן מ"ב דגם צריך שיפרש הסך וסמך על הברייתא והביאו הרב כנסת הגדולה סי' י"ב הגב"י אות כ"ב והכריח בח"ב אות י"ב דלא מטעם דבר שאין לו קצבה דלא קנה לדעת הרמב"ם אלא מטעם מחילה בטעות דכל פי' הסך שמחל אמרי' מחילה בטעות היא דאלו היה יודע הסך לא היה מוחל עיין שם באורך וכן כתב מהר"ש לרור בספר חוט המשולש בתשוב' אחרונה והבן כן כוונת הרשב"א עיין שם איברא דמדברי רש"י משמע דכל שאמר יודע אני שיש בו אונאה אפי' לא פי' הסך סגי וכן מצאתי לרב האי בספר המקח שער ל"ה שכתב וז"ל תנע שהתנאי מבטל אונאה כגון שאם פירש המוכר ללוקח וא"ל זה החפץ שאני מוכר לך כו"ך אינו שוה זה הדמים וע"ז אתה נכנס אין על המוכר תורת אונאה כיון שהודיעו וכמו כן אם פי' הלוקח למוכר וא"ל זה החפץ שאני לוקח ממך בכך וכך יודע אני בשיה יותר אין על הליקח תורת אונאה מאחר שהודיעו וכולי עכ"ל נר' דס"ל דאפי' לא פירש הסך האונאה סגי וכן משמע מדברי הבאלהות פ' בהר סיני ובה"ג דל"ג ע"ש יגר' דהם חולקי' על הרמב"ם במתחייב עצמו בדבר שאינו קצוב וה"נ דכוות' אפי' לא פירש לו הסך הלואה הוי מחילה ואם כן נראה דגם הרשב"א בהביא הב"י סימן י"ב סבירא ליה כוותייהו והוא אזיל לטעמיה שכתב בתשו' ח"ק שני סימן פ"ט והביאו מרן הב"י סימן ס' שדברי הרמב"ם אינם הפוסים בידינו ומעשים בכל יום אנו עושי' בהפך עיין שם :

ה' ולשון מחילה אינו שייך אלא במעות שהוא חייב לו ובחוב לא מהני לשון נתינה הוי דבר שהוא בעין ה' בני אהרן עיין שם וכן כתב ה' גנת ורדי' כלל ג' סי' מ"ו והרב בית יהודה חא"ה סימן כ"ח ע"ש אבל רבו בס' פרי צדיק סימן י"א הסכים דמהני לשון מתנה בחוב כיון דהלוה משועבד והם ברשותו וכן כתב מהר"י עייאש עצמו בס' בני יהודה סימן ס"ט ועיין שם עוד סימן קכ"ג דקל"ז וכן הסכים ה' גנת ורדים כלל ד' סימן א' עיין שם וכן ראיתי למהר"י ן' מיגש בתשו' סימן ק"ו שכתב וז"ל ומי שאמר לחבירו הריני בקנין שנתתי לך החוב שיש לי אצלך הואיל הדבר הנותן לא מיחסר משיכה נתקיימה המתנה ונפטר הב"ח מהחוב שאלו במה שאמר לו נתתי לך מה שיש לי אצלך ואין אנחנו צריכין בזה לקנין כדי שנבטל המתנה מצד ביטול הקנין וכולי עיין שם :

ו' הג"ה וי"א דאפילו היה לו שטר וכולי הטור בסי' י"ב כ' דרבינו ישעיה ס"ל דאם השטר עדיין בידו לא מהני מחילה וא"א הרא"ש לא חילק עיין שם וכ"ה בתשו' הרא"ש בס' בשמי' ראש סי' קל"ג ע"ש :

ז' דין ד' י"א דכשם וכולי (א"ה הלשון הזה יש בו קצת גמגום מפני שיש בו קרעים) הטור כ' על דברי הרמב"ם ואני כתבתי למעלה דגם במכר להקנו' דבר שאינו מסוייס וכולי וכתב הפרישה דר"ל דבסי' ס' וסימן ר"ז כ' דאפי' דבר שאינו קצוב כלל יכול להשתעבד וכ"ש דבר קצוב אלא שאינו מסויים שיכול להקנותו ע"ש ונראה

ונראה דבש"מ או מלוה מחמת מיתה קנה דבר שאינו מסויים או אינו קצוב ואע"ג דכל דליתיה בבריא ליתיה בש"מ וכתב הכנה"ג בסימן רנ"ג דמתנת שכ"מ לקטן צריך שיזכה לו על ידי אחרים ואם לאו לא קנה דתרי קולי שיהיו דבריו ככתובים וכמסורים וכאלו זכו אחרים לא אמרינן עיין שם אבל הא ליתא דאסמכתא קניא בשכ"מ אע"ג דליתיה בבריא כמבואר בדברי הטור סימן רנ"ג ס"מ בשם מהר"י ן' מיגש והרי"ף אם אמר ילדה אשתי זכר דאסמכתא קניא בשכ"מ משו' דדברי' ככתובי' וכמסורים דמו וה"ה במלוה מחמת מיתה וכ"כ הרמ"ה בפ' מ"ש סימן ג' הא מתני' לא מיתוקמא אלא בשכ"מ דמחלק כל נכסיו א"נ במלוה מחמת מיתה דמקנו באמירה בעלמא ומהני בהו האי לישנא דאם ילדה יטול אבל בבריא וכו' אסמכתא הוא ואסמכתא לא קניא וכולי וכ"ת מ"ש שכ"מ מבריא וכולי הא נמי כדי שלא תטרף דעתו עליו וכולי דהא אסמכתא לא קניא בבריא ה"מ בדלא מטי ממונא לידא דמקבל מתנה אבל היכא דמטי ממונא לידא דמקבל מתנה מתנתו מתנה אע"ג דאקני בלשון אסמכת' קני וה"ה בשכ"מ וכו' דהא דברי שכ"מ ככתובי' וכמסורי' דמו וכמו דמטי לידיה דמי ועוד מ"ט אמור רבנן אסמכת' לא קניא דסמכא דעתיה דלא מקיים תנאה לא גמר ומקני אבל בשכ"מ כיון דמלוה מחמת מיתה מיגמר גמר ומקנה דאין אדם משטה בשעת מיתה עכ"ל אם כן הכא נמי בדבר שאינו קצוב קנה בשכ"מ או במלוה מחמת מיתה מה"ט בהרי פוסק עם אשתו לזון את בתה ה' שנים חייב לזונה מפני שפסק בשעת נישואין דדומה לדברים הנקנים באמירה כמ"ש הרמב"ם בפ"א מה' מכירה וכ' ה' משנה למלך דה"נ אסמכת' קניא בשעת נישואין כמו שקונה דבר שאינו קצוב דהא חד טעמא הוא משום דלא סמכא דעתיה עיין שם ואם כן ה"נ בשכ"מ דאסמכתא' קניא דבר שאינו קצוב נמי קני ולא הוי תרי קולי אלא משום דדבריו ככתובים וכמסורי' דמו וכאלו הגיע לידו דאפילו בבריא אם הגיעו לידו קנה או משום דאין אדם משטה בשעת מיתה אבל במתנת שכ"מ לקטן א"ל דלא קנה בלא זכייה לאחר כבריא משום דאפילו עשו דבריו כמסורים דמו אין זכייה לקטן ולא קנה אלא אי אמרינן נמי כאילו זכו אחרים ותרי קולי לא עבדינן וה' דברי אמת בקו' סימן ג' חלק על ה' כנה"ג מדכתב המרדכי בשם מהר"ם דדברי שכ"מ כמסורים פי' כמסירה המועלת בהדיוט שכל מקום באיזה צד שמועיל ומה"ט אסמכתא קניא בהקדש ובשכ"מ והביאו מרן הב"י סי' ר"ז עיין שם ואינו מוכרח משום דדוקא לענין אסמכתא קאמר מהר"ם דדברי שכ"מ כמסורים בצד המועיל דלא הוי אסמכתא אבל להקנו' לקטן דצריך נמי זיכוי לא עבדינן תרי קולי שיהיו דבריו כמסורים וכאילו זכו אחרים וא"ל זכין בשביל פ' לא אמרינן והריטב"א בפ"ק דקידושין כ' וז"ל והאי כמסירתו וכולי פי' כהקנאתו בשטרות הוי כתיבה ומסירה וכולי והוא דקאמר ליה קני הוא וכל שעבודיה דנהי בהקנאה דהדיוט לא בעי' אמירה דהדיוט בעי' מפי מורי והביאו הש"ך בסימן ס"ו עיין שם וכן כתב הרשב"א גבי שכ"מ דבשטרות צ"ל קני לך הוא וכל שעבודיה עיין שם ואם כן נראה דה"נ צריך שיזכה לו על ידי אחרים וא"ל זכו לפ' ואם לא אמר ליה זכו לפ' לא קנה מיהו למאי דקי"ל דשכ"מ אפילו לא אמר קני לך הוא וכל שעבודיה קנה השטרות נראה כיון שאמר לאחרי' קנו לקטן הוי כאילו א"ל זכו בשביל' דדברי שכ"מ כהקנאה ואמירה בהדיוט דמי ויש לחלק :

ומ"מ לכ"ע אסמכתא קניא בשכ"מ וה"ה דבר שאינו קצוב ואדרבא אסמכתא גרע מדבר שאינו קצוב וכמו שהוכיח הרב שער המלך עיין שם ואם כן בשכ"מ או במלוה מחמת מיתה דאסמכתא קניא כ"ש דבר שאינו קצוב או דבר שאינו מסויים ושוב ראיתי לה' פני משה ח"א סס"י ס"א שכתב דאפשר דבשכ"מ משום שלא תטרף דעתו עליו תקנו דמועיל מתנתו אף בדבר שאינו קצוב וכולי וכתב ה' בית דוד סימן י"ג דאפילו איכא תרתי לריעותא שאינו קצוב וליכא קני' ולא אמרו אלא דמהאי דמהני בבריא בקנין מהני בשכ"מ בלא קנין אבל אי בבריא לא מהני גם בקנין לא מהני בשכ"מ וכה"ג הק' הריטב"א גבי דרב גידל ולומר דהריטב"א חלק על הרמב"ם אבל הרמב"ם גופיה ס"ל דלא קנה דבר שאינו קצוב אפילו בקנין ובנישואין קונה אפילו בלא קנין מדרב גידל והכא נמי לענין שכיב מרע י"ל דמהני אפילו מאי דלא בבריא בקנין וכן כתב מהרא"ד"ב בס' לחם רב סימן קל"ט בשכ"מ קנה דבר שאינו קצוב עכ"ל ואע"ג דשכ"מ אינו מקנה דבר שאינו ברשותו ודבר שלא בא לעולם כיון דליתיה בבריא כדאמרינן בפ' מ"ש הרי דמקני באסמכתא דדבר שלא בא לעולם גרע טפי מאסמכתא כמ"ש מהר"ם בתשובות הביאו המרדכי בפ' ד' וה' ע"ש ומהרא"ד"ב סימן כ"ח כתב וז"ל וא"ל משום דהוי בשעת כניסה לחופה אין כאן אסמכת' ודמי למ"ש הרמב"ם בפי"א מה' מכירה דאע"ג דאין אדם מחייב עצמו בדבר שאינו קצוב מ"מ פוסק עם אשתו לזון את בתה ה' שנים מפני שפסק בשעת נישואין וכולי וכבר ראיתי מי שרצה לומר כן ואין נראה בעיני וכן ראיתי להרא"ם סימן כ"ז גבי ראובן שקדש את בת שמעון ובשעת הקידושין עשו תנאי ביניהם וכתב שם דיש אסמכתא אם לא קנו בב"ד חשוב ומעכשיו עיין שם וכן כתב עוד בסימן רכ"ה עיין שם אלמא אסמכתא גרע מדבר שאינו קצוב ואם כן שכ"מ דמקני באסמכתא כ"ש דמקני בדבר שאינו קצוב :

ח' כך הנותן וכו' מי שנתן לחבירו בית והיא בשותפות עם אחיו אף על גב דחלקו של נותן עדיין לא היה מבורר קנה הרב מח"א בהלכות זכייה ומתנה סימן א' עיין שם באורך וכן כתב הרשב"ש סימן תר"ח דאם לא מצר לו קנה אבל אם מצר לו במזרח ונפל חלקו במערב או להפך דמה שנתן נגלה עכשיו שאינו שלו והוברר הדבר שלא נתן אלא של חבירו והדברים עתיקין אי אמרינן יש ברירה או לא עיין שם וכן הסכים הרב כנסת הגדולה בתשו' סימן קמ"ה דלכולי עלמא דמכירתו ומתנתו קיימת ומהרשד"ם סימן רפ"ג לא אמר אלא כשמכ' א' פ' כשיפול לחלקי אבל אם אמר חלקי שיש לי בבית זה קנה עש"ב וזה לשון רב האי בספר המקח סוף שער ד' ולעולם לא יהא לשותף מעכב מלמכור חלקו ואפילו שלא חלק עדיין עם שותפו בין שיהא שותף בין שהיא ירושה שירש כגון אחים ועדיין לא חלקו בין במתנה שנתן להם או בכל איזה דרך שאתה מוצא שיש לשנים חלק באותו קרקע ועדיין לא נחלק לא יתעכב א' מהם מלמכור חלקו קודם חלוקה דילפינן לה מבכור וכו' והילכתא יש לבכור קודם חלוקה עכ"ל :

ט' דין ז' אבל אם אמר ליה על מנת שתחזירו לי אינו קדוש וחל עליו קדושה בזמן הנתינה אבל כשמחזירו פקעה קדושה מאליה ואין צריך פדיון כמו שכ' בספר ווי העמודים על ס' יראים סימן ק"ה עיין שם באורך :

יו"ד אם אמר על מנת שלא תקדישנו בפי' כשהקדישו מיד

מיד נתבטלה המתנה ה' בני אהרן דף קכ"ט עמוד רביעי עיין שם ונראה שזה תלוי במחלוקתם דהתוספו' בגיטין דף פ"ג בד"ה ועמדה וכולי כתב' בעל מנת שלא תנשא לפלוני דאפילו נשאת הוי גט משום דאין נשואין תלין עי' שם והכא נמי בעל מנת שלא תקדישנו דמתנה קיימת דאין ההקדש חל אבל הרמב"ן בחי' שם חלק על התוס' וסבירא ליה דבטל הגט דהתנאי הוא שלא תנשא דרך נישואין ושמע מינה האומר לחבירו שדי נתונה לך ע"מ שלא תקנהו לפלוני ונתן לו בדרך קנין בטלה המתנה ובדה חוזרת לבעלים והביאו המ"מ בפ"ח מהלכות גירושין עיין שם והרב כנסת הגדולה בסימן ר"ז אות ע"ז כתב זה בשם מהרא"ח בתשו' כ"י בשם הרשב"א פ' הזורק עי' שם ולא זכר דברי הרמב"ן והמ"מ ומה שהקשה ה' עדות ביעקב סימן ס"ע דאם כן בעל מנת שלא תנשא לאבא ולאביך אמאי קתני מתניתין דהגט כשר ותנשא לכתחילה ניחוש שמא תנשא להם דרך נישואין ונמצא הגט בטל למפרע ובניה ממזרים דדוקא בעל מנת שלא תבעל לאבא ולאביך הוא דלא חיישינן שמא תבעל להם דעבדי איסורא אבל בדרך נישואין דלא עבדי איסורא איכא למיחש עיין שם לא קשה מידי דכבר התוספות דף פ"ב ע"ב בד"ה שר"א כ' וז"ל והקשה הר' שמואל אמאי לא חיישי' דילמא לא תקיים תנאה וכולי ותי' הרב רבי אלחנן דשאני גבי מאתים דים לחוש כן תפסיד את אשר לה ולא תוכל לקיים תנאה וכן גבי שלא תבעלי לאחר חיישינן שמא יבא עליה באונס אבל הכא על מנת שלא תנשא ליכא למיחש שישאנה בעל כרח' דנישואין א"א בעל כרח' עיי"ש וכן כתב הרא"ש שם ורבינו ירוחם נתיב כ"ד דף רכ"ח ע"ד עיין שם והכא נמי בעל מנת שלא תנשא להבא ולאביך תנשא לכתחילה ולא חיישינן שמא תעבור כיון דבידה לקיים ועיין בספר דברי אמת בקונטרס א' גם הרמב"ן בחידו' שם כתב וזה לשונו שאין חוששין כאן שמא ישאנה אותו שבתנאי שאם ישאנה גט בטל למפרע ונמצא בא על א"א והוה ליה כאבא ואביך ואין חוששין שמא יעשו אחרים איסורא בה עיין שם ועיין בתשו' מרן בדיני גיטין סימן י"ב שכתב דנראה לכאורה דאם נתקדשה לא עברה על תנאו כל זמן שלא נכנסה לחופה אבל לא מצאתי לבי להתיר והמבי"ט חלק א' סימן של"ד כתב בפשיטות דאין קידושין בכלל נישואין ושכן כתב הרשב"ץ בתשו' עיין שם ולא מצאתי בתשו' הרשב"ץ אבל הם דברי הרשב"ש בתשו' סימן רל"ט וזה לשונו שאם התנה על מנת שלא תנשא לאחר אלו קדשה אותו אחר הוו קידושין ולא נתבטל הגט שלה לפי שלא התנה עליה אלא שלא תנשא וזו לא נשאת וכו' עיין שם וכן כתב הרדב"ז ח"א סימן ג' ומהרשד"ם חי"ד סימן ל"א וכן נראה דעת הרשב"א בתשובו' הובא בב"י אה"ע סימן כ"ז שכתב האומר הרי את נשואתי לא שמענו שתהא מקודשת דלא תקרא נישואין עד שתבעל או שתכנס לחופה עיין שם וכן כ' הרב דבר משה אה"ה ולא זכר דברי הרשב"ש והמבי"ט והרדב"ז ומהרשד"ם עיין שם וזה דעת הרמב"ן שכתב דאין חוששין שמא ישאנה דא"כ גט בטל למכרע ונמלא בא א"א דאם לא נתקדשה לא בטל הגט ואף על גב דאם נכנסה לחופה אפילו לא נבעלה עברה על התנאי לא חיישינן שמא תנשא לו ולא תבעל ונמלא הגט בטל :

ומ"מ לדעת הרמב"ן אם אמר על מנת שלא תקדישנו כשהקדישו מיד נתבטלה המתנה גם הר"ן שם תי' כיון דלא בטל הגט אלא מחמת חלות הנישואין על כרחך הנישואין חיילי והוי כאלו אמר ליה שאם תנשא לפ' הרי את אשתי עד שעת נישואין ומשעת נישואין ואילך ודוקא בשעת נישואין אין את אשתי עיין שם נראה דהמתנה בטילה וההקדש חייל דהוה ליה כאלו אמ"ל אם תקדשנו הרי הוא שלי עד שעת הקדש ומשעה הקדש ואילך ודוקא בשעת הקדש אינו שלי ואם כן ההקדש חל באותה שעה שהקדישו הוי של המקבל אלא דהמתנה בטילה משעת הקדש ואילך והרב עדות ביעקב תמה על הרא"ש בתשו' שהביא הטור סימן זה שכ' במתנה על מנת שלא תמכרנו לפליני אם עבר ומכרו לא בטלה המתנה כיון שעבר על התנאי מהתוספתא שהביאו התוספות ופסקה הטור בא"ה סי' קמ"א ע"ש ונ"ל דש"ל כתי' הר"ן דהגט בטל והנישואין חיילי לאותה שעה והכא נמי המכירה קיימת לאותה שעה אלא דהמתנה בטילה מאותה שעה ואילך כיון שעבר על תנאו ואם כן נראה דצריך פדיון שלא ילמדו הקדש יוצא בלא פדיון כיון דחל הקדש שעה א' ועיין נרשב"ם בבתר' סוף דף קל"ג דלכאורה משמע דסבירא ליה כדעת התוס' ודלא כהרמב"ן אבל הא ליתא כמו שתראה שם ואם כן כיון שדין זה במחלוקת הוא שנוי אין מוליאין מיד המוחז' ואם הוא קרקע בחזקת בעליו עומד ואם הם מטלטלים ביד המקבל המתנה אין מוליאין מידו דמטלטלין היכא דקיימי קיימי וכה"ג כתב הרשב"א בחי' לגיטין גבי פלוגתא אי נתינה בע"כ הוי נתינה עיין שם :

י"א דין ט' בממון נמי בעינן תנאי כפול וכו' הרשב"ץ ח"א סימן ל"ד כתב דבממון לא בעינן תנאי כפול כדעת הראבו"ס והאחרונים ולית דחש להרמב"ם אלא במקו' שנהגו כסברתו ע"ש :

י"ב הנותן מתנה לחבירו בתנאי שאם לא יקיימו לא תמשך המתנה רק עד' עשר שנים א"ן תנאי כפול דבתנאי לעקור המתנה מבעה ראשונה דחייב להחזיר הפירות שאכל צריך משפטי התנאים אבל כל שהתנאי אינו אלא היכא שאינו עוקר דבריו הא' הוי כאלו סיים דבריו שמתנה זו היא עד זמן פלוני הרב משנה למלך בפ"ג מהלכות מכירה ה"ח עיין שם וה' שער המלך בהלכות אישות דף ל"ג כ' דמדברי הרשב"א שכת' דהך דמברחת אתיא דלא כר"מ דלר"מ צריך תנאי כפול אם תתאלמן או תתגרש תחזור המתנה ואם לאו המתנ' קיימת משמע דסבירא ליה דאפילו אין המתנה נעקרת לגמרי משעה א' צריך תנאי כפול דהא גבי מברחת אם נתאלמנ' או נתגרשה לא בטלה המתנה לגמרי דהפירות שאכל המקבל הם שלו כנראה מדברי הרמב"ם והר"ן והטור מיהו בש"מ פרק האשה שנפלו כ' בשם הריטב"א מחליקת בזה ואם כן אפשר לומר דהרשב"א סבירא ליה הכי גבי מברחת דהמתנה בטילה וחייב להחזיר הפירות עיין שם ולא ראה מה שכתבו התוספות בבתרא דף קנ"א ד"ה גליא וכו' וז"ל ואין נראה לר"י דהא משמע דהאי טעמא משום דמגרשה אבל אם היתה תחת בעלה קנה ואלו בפ' האשה שנפלו משמע דאפילו כשהיא תחת בעלה לא קניהו לוקח וכו' מיהו יש לומר דנהי דלא קני בעל ולוקח מכל מקום ברשות המקבל מתנה הם עד שתתגרש עיין שם וכן הוכיח הרא"ש שם דלא קניא לוקח אפי' בעוד' תחת בעלה עיין שם מיהו הרא"ש בפרק האשה שנפלו כתב הפירות יאכל מקבל המתנה בעודה תחת בעלה עיין שם ובפרק אלמנה ניזונת ובפ' י"ג כתב דגבי שטר מברחת אין צריך תנאי כפול דאפילו גילוי דעת אין צריך משום דאיכא אומדנא דמוכח עיין שם משמע דבלאו הכי צריך תנאי כפול אפילו דומיא דמברחת דאוכל הפירות עד שתתאלמן וכן הרשב"א הובא בשיטה מקובלת לכתובות ובתשו'

ובתשו' ח"ב סימן ש"ב משמע דס"ל דמקבל אוכל פירו' אלא דיכול לחזור עיין שם ואפילו הכי כ' דהך דמברחת אתיא דלא כר"מ אבל מה שכתב ה' מתשובות הרשב"א סימן אלף קכ"ה עיין שם ליתא כמו שתראה שם :

י"ג והוא שיהא התנאי כראוי ע"פ מה שנתבאר בטור וכולי בפרק האומר דקידושין תניא מי שהיה מחלק כל נכסיו לבניו ואמר פ' בני יירש שדה פ' ופ' בני יירש שדה פ' ופ' בני יתן ר' זוז ויירש שדה פ' ואם לא יתן יירש עם אחיו בשאר נכסים מי גרם לו לירש עם אחיו בשאר נכסי' כפילו גרם לו וכו' השיטה שם באם לא כפל משמע שאם לא יתן מאתים זוז לא יירש כלל דמכלל הן אתה שומע לאו וכו' ואין כאן עקירת ירושה דהא לא קעקר לה שאם היה נותן ר' זוז היה יורש לכך הוצרך לכפול להחזירו בתורת ירושה שאם לא יתן וצריך הוא לומר בשאר נכסים שאם לא אמר אלא ואם לא יתן יירש עם אחיו היה במשמע יירש עם אחיו בשדה זו שיטול בה השליש דמסתמא לא קאמר שיירש עם אחיו בשאר נכסים כיון שחלקן לאחיו וכו' עיין שם ונראה דלדעת הרמב"ן במלחמות שכתב דלא בעי' תנאי כפול בשכיב מרע שכל דברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמו בין במעשה בין בתנאי וכו' ונטרפת דעתו עליו וכו' עיין שם אם כן אם אמר פ' בני יירש שדה פ' ופ' בני אם יתן מאתים זוז יירש שדה פ' אם לא יתן מאתים זוז לא יירש כלל וכן הדין באומר ע"מ דהוי כמעכשיו אבל הרמב"ן בחי' שם כ' וז"ל משל למה"ד למי שאמר פ' בני יירש שדה פ' ופ' שאינו בני יתן ר' זוז ויטול שדה פ' שאם לא נתן לא יטול כלום וכן כתב הרשב"א בחידו' שם עיין שם מבואר דסבירא ליה דאם הוא בנו ואמר פ' בני יתן מאתים ויירש שדה פ' אם לא קיים תנאו יירש עם אחיו באותה שדה אבל לא יירש בשדה שנתן לאחיו וכן כת' השיטה שם בשם יש מפרשי' שאם לא כפל תנאו כלל היה משמע שאם לא יתן יחלוק באות' שדה דמסתמא לא הוציא מהירושה לכך צריך לכפול שאם לא יתן יירש עם אחיו בשאר נכסים ולאו דוקא נקט בשאר נכסים דה"ה אם אמר דאם לא יתן יירש עם אחיו ותו לא היה משמע ג"כ שירש עם אחיו בשאר נכסי' דאילו באותה שדה בלא כפילת תנאי היה יורש בה וכו' ע"ש הרי דס"ל דאם לא כפל תנאו בודאי יירש באותה שדה ואם כפל ואמר ואם לא יתן יירש עם אחיו אפי' לא פי' שאר נכסים יורש עמהם בשאר נכסים דרשי' לישנא יתירא דאי באותה שדה דוקא בלא כפל ודאי יורש בה וכבר כ' מהרש"ך סימן ב' דאם נכתב בשטר דבר דלא צריך לכותבו דבלאו הכי סתמא הכי משמע לכ"ע לישנא יתירא לטפויי אתא ולא אמר הרשב"א אלא בדבר שצריך לכותבו ואתו הדבר הוכפל והוא מיותר דלא דרשינן לישנא יתירא ע"ש והכא נמי דלא היה צ"ל ואם לא יתן ירש עם אחיו ופשיטא הוא דדרשי' לישנא יתירא לטפוי שירש גם בשאר נכסים וכהאי גוונא כתב הרי"ף בתשו' סימן יו"ד וז"ל וכן במתנה זו כיון דלא צריך לומר אם מת אחד מהן יחזור חלקו לאחיו וקאמר אין אנו אומרים שלבטל אמר אלא לצורך אמר כן ואיזה אם מת א' מן האחים והניח אשה ולא הניח בנים שלא תטול אותם נכסים אלא יחזרו לאחים כגון א"ל על מנת שלא תקנה אותם אשתו בכתובה וכו' עיין שם הרי דדרשינן לישנא יתירא לטפויי אפי' מילתא דלא משמע מהלשון וכל שכן הכא דירש עם אחיו משמע נמי בשאר נכסי' וה' משפט צדק חלק ראשון סימן ל"ה דף קי"ז ע"ד כ' וז"ל וא"ל למה שאנו דורשים לישנא יתירא לטפויי אתא דהיינו לייפות כח בעל השטר וכו' לאו מילתא היא דלישנ' יתירא דדרשי' עולם וכו' וע"ש סימן ל"ו וכבר הוכיח כן הרשב"א בתשו' חלק שני סימן ע"ה משוגי' דערכין עיין שם וכן נראה מדברי הרי"ף שכתב והכא נמי לישנא יתיר' לגרוע שאר יורשים שירש זה עמהם בשאר נכסים שכבר נתן להם וכל שכן להעמיד הירושה על דין תורה שכל הממון בחזקת כל היורשים ועיין בס' קהלת יעקב דקמ"ט סי' רמ"א :

י"ד בת' הרב משנה למלך בפרק ו' מהלכו' אישות דאפשר דה"ד בתנאי דלהבא אבל בתנאי דלעבר לא בעי' משפטי התנאי' וה"ט בתנאי דלהבא אמרי' דאין תנאי שיבא אחר המעשה יבטל המעשה אלא אם כן נעשה התנאי כתנאי בני גד ובני ראובן אבל כשהתנאי דלעבר כגון אם עשית דבר פל' דבאותה שעה מתברר הדבר אם נתקיים המעשה או לא מה צורך בזה למשפטי התנאים אבל בפרק האומר פריך לר"מ מקראי דסוטה אם לא שכב וכו' ותמה על רבי' וכולי עיין שם ונראה דרשב"ם דפי' ר"מ דפרק האומר דגם באומר על מנת כמו השבות הקודמות אמר ר"מ דצריך תנאי כפול וכולי עיין שם וכן ראיתי לראב"ן בס' דקנ"ה עמוד שני שכ' וז"ל הרי את מקודשת על מנת שאתן לך ר' זוז מקודש' דיקיים תנאו ויתן דכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי וכולי אבל לר"מ דאמר כל תנאי שאינו כתנאי בני גד ובני ראובן אינו תנאי וכו' עיין שם הרי דר"מ פליג ארישא וסבירא ליה דאפילו בעל מנת בעינן תנאי כפול וכ"כ הרמב"ן והרשב"א והרא"ש והר"ן בפרק מי שאחזו עיין שם ומ"ה פרכינן לר"מ מסוטה אבל אנן דקיימא לן כרבנן דאמרינן אין צריך תנאי כפול ה"ה בתנאי דלעבר ואפשר דר"מ דוקא בעל מנת פליג דלאו כאומ' מעכשיו דמי אבל באומר מעכשיו מידה דלא בעי' ותנאי דלעבר ודאי הוי כמעכשיו מיהו אפשר משום דקתני רישא ע"מ שיש לי מאתי' זוז הרי זה מקודשת ויש לו וכו' על מנת שיש לי בית כור עפר הרי זה מקודשת ויש לו וכו' וה"ד דיש לו בשעת קידושין דיש לו משמע כמבואר בא"ה סי' ל"ח עיין שם ועלה קתני רמ"א כל תנאי וכולי משמע דר"מ אפילו בתנאי דלעבר ואמר על מנת ס"ל דבעינן תנאי כפול דדוחק לומר דלא פליג ר"מ אלא על מנת שאלך וכולי ועיין בתשוב' הרא"ש כלל מ"ו ושוב ראיתי להרב דברי אמת בסוף קו' א' שהוכיח כן פה אל פה דבר עם ה' משנה למלך ושמח לדבריו עיין שם באורך :

ט"ו נסתפק ה' קהלת יעקב דקל"ט באומר ובלבד שתתן לי כך וכך אם לשון ובלבד הוי לשון תנאי כמו על מנת או לא והביא ראייה מדתנן המודר הנאה מחתנו ורוצה לתת לבתו מתנה וא"ל הרי המעות נתונים לך במתנה ובלבד שלא יהא לבעלך רשות בהם וכו' ואמר רב עלה ל"ש אלא דא"ל שאין לבעלך רשות בהם וכו' אלמא לשון ובלבד הוי כאומר על מנת וכו' עיין שם ואיברא שהרשב"א בתשוב' חלק שני סימן ק"מ כ' דיש לנו ע"מ שאינו תנאי שהרי שנינו בנדרים וכו' א"ל הרי המעות אלו נתונים לך במתנה ובלבד שלא יהא לבעלך רשות בהם וכו' ואמרינן עלה בגמרא אמר רב ל"ש אלא דא"ל על מנת שאין לבעלך רשות בהם וכו' אלמא דעל מנת דאמר רב היינו כענין ובלבד ששנינו וכו' עיין שם הרי דהתם דא"ל ובלבד אינו תנאי והתם על מנת נמי לאו תנאי ומסתבר דלשון ובלבד חוץ הוא והוי כמו אלא דמסקי' בפ' המגרש דחוץ הוא והכי קי"ל בא"ה סימן קל"ז עיין שם מיהו כו' דאומר אלא שתתן לי

לי כך וכך הוי תנאי וז"ל הראב"ד בספר תמים דעים בר"פ המגרש ודהי כל אלא האמור במשנה ובתוספות ובגמרא לא נסתפקו עליהם ורובי רובן ע"מ הם לפי שהוא לשון מורכב מב' מלות אם לא שהוא בלשון תנאי ואפשר כמו כן לפרשו בלשון אחר מורכב אך לא שהוא כמו חוץ ועתה שאלו שאם נמצא אותו כך בשום מקום י"ל כי זה גם כן נאמר על אותו הדבר מדשני התנא בדבוריה וכו' ועוד טעמייהו דרבנן דפסלי מסתבר טפי בחוץ וכולי עיין שם הרי שכת' דרוב אלא האמור בכל מקום הוא לשון תנאי אם לא ודוקא התם דמפרשי' אך לא שהוא חוץ משום דמסתבר הכי וכן היא דכל הבתי' מטמאים בנגעים אלא של ע"ז וכו' דלא שייך לשון ע"מ אלא לשון חוץ כלומר אך לא של ע"ז עיין שם אבל האומ' אלא שתתן לי כו"כ דודאי לשון תנאי ר"ל אם לא אבל האומר ובלבד שתתן לי כך וכך יש להסתפק אם הוא תנאי א"ד דוק' אלא הוי פי' אם לא שהוא תנאי אבל בלבד הוי חוץ :

ט"ז על שטר מתנה נתתי לפ' כל נכסי מטלטלין אג"מ וכו' בכל אשר אמצא לי הן כסף הן שוה כסף נראה דמעות אע"פ שיש לו בבאנקו לא קנה דהוי כחוב דאין נקנה אלא במעמד שלשתן ורש"י בפ' אע"פ דנ"ה שכתב לפי שאין מטבע נקנה בחליפין אלא אג"ק כדאמרינן בפ' הזהב וכו' כבר דחו התוספות שם דאפילו אגב קרקע דמטבע נקנה אין הלואה נקנית מדפריך בפ' מי שמת הלואתי לפ' דליתיה בבריא ואיתיה בשכ"מ ותי' הא נמי איתיה בבריא הואיל ויורש יורשה א"נ במעמד ג' ואם יכול להקנותה אג"ק הו"ל דאיתיה נמי בבריא על ידי קרקע וכולי עיין שם והר"ב בס' א"ז שם פי' דלפי' ריב"ם כיון דנכתב בשטר הקנין בתוך השטר אלים אע"ג דליתיה בעיניה מ"מ כיון דעיקר הקנייה הכתובה הייינו הקנין ובה קני כיון דאין מטבע נקנה בחליפין לא זכה בה אלא משום דדברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמו אבל מאחר שהקנין הכתוב בשטר קני אע"ג דליתיה בעיניה וכולי אם כן כשכתב הקנין בשטר הא דלא קנה הלואה משום דאין מטבע נקנה בחליפין אבל אג"ק קנה ובפ' מ"ש מיירי באומר הלואתי לפ' בע"פ דליתיה בבריא בקנין לבד אא"כ כתב הקנין בשטר דאלים לקנות אג"ק ומ"מ נראה דה"ד בנתן הלואתו לפ' בהקנין שנכתב בשטר אלים אבל בנותן כל נכסיו בקנין דהשטר בלא"ה על הקרקעו' ומטלטלי' ומעות בעין לא אמרינן :

ועוד דמעות שבבאנקו הוי ראוי כמ"ש ה' גנת ורדים כלל ד' סימן י"ט והסכים עמו ה' מהר"י הלוי שם אשר ימצא לו וכולי וזה לא מיקרי מצוי ומוחזק ואף שיש לו שטר על זה וכתב הרשב"א בתשובות ח"ב סי' ק"ב דגם האומר כל נכסי' המצוי אצלי אף שטרות בכלל שהרי השטר מצוי אצלו והשטר כולל הנייר והראייה שבו הנכנסת בכלל הנכסי' וכולי ה"ד במתנת שכ"מ אבל במתנת בריא אפילו נתן כל נכסיו אג"ק ושטרות בכלל כל נכסי' כמ"ש הרא"ש בתשו' ופסקו מרן בסימן ס"ג הנותן נכסיו לאחר במתנת בריא מטלטלין אג"ק בקנין והיו לו שטרות אע"פ דשטר בכלל נכסי אינון לא קנאן כיון שלא כתב לו קני לך וכולי וכתב הסמ"ע כ"ה לשון הרא"ש הביאו הטור ולשיטתו א"ש דס"ל דשטר אינו נקנה באגב אבל למאי דקי"ל כהרי"ף והרמב"ם דס"ל דקנה באגב וכו' ל"ד כתיבה קאמר אלא רוצה לומר שלא אמר בע"פ וכולי :

י"ז כתב הרשב"א בתשובות חלק שלישי סימן ר"ה וז"ל שאלה יעקב ולאה אשתו חייבו עצמם בשטר לזון את ראובן וזה נוסח השטר וכו' וחייבנו את עצמנו חיוב גמור בקג"מ במזונות ופרנסה מנכסיו ועד חמשה שנים שלמות ובלבד על שלחני וכו' אם תנאו בטל כיון שהוא בא אחר החייב ככל תנאי שקדמו מעשה וכולי תשובה איני רואה בנדון זה שלפנינו שום פקפוק שהתנאי קיים מכמה טעמים הא' שלא נאמרו דברים הללו אלא בתנאי שאינו בגוף הדבר הניתן והנמכר כגון תנאי בני גד וכו' שהתנאי היה באם יעברו והמעשה בנתינת הארץ וכולי אבל כשהמעשה והתנאי בגוף המתנה ביאור המתנה או שיורי הן אלו במה שנותן ומה שנותן נותן ומה שאינו נותן אינו נותן וכגון שאמר שדי נתונה לך כל זמן שהוא בידך והריני מחייב עצמי לפרנסך ובלבד על שלחני וכו' ועוד שהרי אפי' בכותב על מנת אין מקום לכל אותם תנאי בני גד ובני ראובן ואין הטעם בעל מנת אלא משום דכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ובנדון שלפנינו הרי כתוב בקנין גמור וכולי עכ"ל מבואר דסבירא ליה דאם המעשה והתנאי בגוף המתנה שיור הוא שמשייר ולא בעי' משפטי התנאים :

וכן כתב הריטב"א בחי' שם וז"ל א"ל דהא הכא ודאי לר"מ לא סגי שלא כפל תנאו וכו' שאם יקנה רבו לא יקנה הוא וכיון שנתבטל התנאי דין הוא שתתבטל המתנ' וכו' והנכון הוא דהכא האי על מנת לא חשיב תנאי לר"מ וכו' אלא כשהוא בלשון עשה או לא תעשה בין שיעשה הוא או לו יעשה או שיעשו אחרי' או לא יעשו אבל וכו' כגון זה שאומר על מנת שאין לבעלך רשות בהם אין תנאי אלא שיור בגוף המתנה שמשייר בה שלא יזכה בה האדון או הבעל וכו' דר"מ סבר דמעשה אינו תלוי בעל מנת זה וכיון שקנה העבד קנה רבו דבגוף אחד חשיבי ומאי דשייר שלא יזכה האדון אינו כלום ורבנן סברי דאפילו בהא שיורי שייר והאי ע"מ דידיה שאין הרב זוכה בה עכ"ל הרי דסבירא ליה דבדבר דממילא ואינו תנאי דעש' ולא תעשה הוי שיור ולא בעי' משפטי התנאים וכן כת' הרשב"א בתשו' ח"ב סימן ק"מ באחד שנתן לבתו קרקעו' על מנת שלא יהא לבעלה רשות בהם קני' דעל מנת זה אינו כשאר ע"מ דעלמא שהוא תנאי גמור שגוף המעשה תלוי בקיומו או בביטולו שלא נתכוון האב לו' שאם תתן לבעלה שתהא מתנת האב בטלה שאם נתכוון לכך היה אומר על מנת שלא תתן לבעלה אלא דרצה לסלק רשות הבעל מנכסים אלו וכן על מנת שאין לרבך רשות בהם שהרי לא אמר ליה על מנת שלא תתן לרבך ע"ש והתימא על הרשב"א בחי' לקידושין שם שנדחק ע"ש והרב כנסת הגדול' סי' ר"ז הגב"י אות ל"ב הביא דברי הריטב"א וכו' וז"ל דהרא"ש בתשו' כלל ע"ד סי' ג' שכתב שאם יבא בעל חוב של בנו לגבות אותו קרקע בחובו שתתבטל המתנה למפרע ויחזור הקרקע לראובן וכו' ע"כ סבירא ליה הכי דכל תנאי שאינו בעשה או לא תעשה לא בעינן משפטי התנאים וכולי ואי קשה כיון דהרא"ש סבירא ליה דכל שאינו תנאי אלא שיור אם לא נתקיים השיור נתבטלה המתנה למפרע למה באומר לעבד הילך מנה על מנת שאין לרבך רשות בו סבירא ליה לר"מ דהילכתא כוותיה דקנה רבו המתנה והוא לא יצא לחירות הרי כל שלא נתקיים השיור המתנה בטילה ונ"ל דסובר הרא"ש דר"מ סבירא ליה כיון דאין קנין לעבד בלא רבו כי אמר ליה על מנת אינו כלום ואינו יוצא לחירות אבל אין הכי נמי דהמתנה בטילה ולא זכה בה לא העבד ולא רבו אלא חוזרה לנותן עיין שם באורך וכבר כ' הריטב"א בחידושיו

שם דפירוש זה רחוק מאד עיין שם ונעלם מהרב מ"ש הרא"ש שם וז"ל ר"מ סבר בדאמר ליה קני קנה עבד וקנה רבו וכו' משום דיד עבד כיד רבו והוי כמו נותן מתנה לחבירו ואמר לו על מנת שלא יהיו שלך קנה לך דקנה דכל תנאי שסותר המעשה לא הוי תנאי וכולי וכן כתב בתשו' כלל ע"ד סימן ד' וז"ל אבל א"א שאין לדמו' נדון זה לקנין עבד בלא רבו וכו' משום דיד העבד כיד רבו והוי כמו נותן מתנה לחבירו ואמר לו על מנת שלא יהא שלך קנה לך דקנה דכל תנאי שסותר המעשה לא הוי תנאי אבל בנדון זה אין יד המקבל המתנה כיד בעל החוב וכתובת אשה שנאמר שזכו בקבלת המתנה לפי שאין להם בגוף הקרקע כלום שאין להם בנכסי הלוה אלא שעבוד בעלמא וכו' עיין שם הרי דסבירא ליה דקנה רבו והמעשה קיים והתנאי בטל משום דיד עבד כיד רבו וכל תנאי שסותר המעשה לא הוי תנאי אבל גבי בעל חוב התנאי קיים ואם לא נתקיים התנאי בטילה המתנה :

ובזה ניחא הא דאמרי' בקידושין דף כ"ג כגון דאקני ליה אחר מנה ואמר ליה על מנת שאין לרבך רשות בהם ר"מ סבר וכו' ורבנן סברי כיון דאמר ע"מ אהני תנאיה וכ' הר"ן דבכפל תנאו איירי עי"ש ובשיטה שלא נודע כ' וז"ל ואם תאמר והא הוה ליה מעשה קוד' התנאי דקאמר ליה קני והדר א"ל ע"מ שאין לרבך רשו' וכו' יש לו' אף על פי שמקדי' מעשה לתנאי כיון דכי קא מקנה חוזר ומזכיר המעשה ותלי ליה בתנאי תנאי מעליא הוי והכא נמי מיירי כגון דכי קא מתנה קא מדכר ליה למעשה וקאמר ליה שאין לרבך רשות בו יהא קנוי לך וקנת ראייה לדבר וכו' עיין שם ועיין בה' משנה למלך בפרק שני מהלכות אישות שנסתפק בזה אם גם בכפל התנאי צריך שיקדים תנאי למעשה והביא התוס' דסביר' להו הכי וגם רש"י משמע דסבירא ליה דבעי' תנאי קוד' למעשה בחלוקה ראשונה אבל אם הקדים מעשה לתנאי אפילו הקדים תנאי למעשה כפל לא מהני עש"ב ואם כן קשה בהאי דקני ע"מ שאין לרבך רשות ולדברי הרשב"א ניחא כיון שהתנאי והמעשה בגוף המתנה שיור הוא שמשיי' ולא בעי' תנאי כפול ותנאי קודם למעשה וכל משפטי התנאים או משום בעל מנת הוי כמעכשיו דלא בעינן משפטי התנאים :

ועיין במהריט"ך סימן קנ"ב שהקשה בנותן מתנה לאש' ע"מ שאין לבעלה רשות בה אמאי קנה הבעל דהרי באומר ע"מ אין צריך משפטי התנאים והרי זה התנה שלא תהא מתנה אם יקנה הבעל וליכא למימר משום דבעי' דומיא דבני גד ובני ראובן שלא התנו עמש"ב דהא קנין פירות לבעל תקנת חכמים היא וכ' ויש לדחו' דהכא נמי עשו חכמים חיזוק לדבריהם וזה דוחק וכולי עיין שם באורך ודבריו תמוהים דבכתובות שם אמרינן דכתובה דרבנן עשו חכמים חיזוק יותר משל תורה אבל בפירות דרבנן לא עשו חיזוק משום דלא שכיחא עי' שם אם כן קשה למאי דקיימא לן כר"י בממון תנאו קיים ולא עשו חיזוק יותר משל תורה הכא נמי גבי אשה הוה ליה למימר דתנאו קיים ולא קנה הבעל וכן גבי עבד אבל לא ראה דברי הרשב"א והריטב"א שכשבתי וכ' הר"ן שם שיש מתמיהים כן ותי' וז"ל דהוי תנאי שא"א לקיימו ותנן בפרק המגרש האומר הרי זה גטיך ע"מ שתעלי לרקיע אף על פי שלא נתקיים התנאי הרי זה גט וטעמא משו' דכל שמתנה בדבר שאי אפשר לקיימו אמרי' ודאי האי גברא דעתיה לאקנויי דאי לא ליסתיק דהא ידע דמאי דקא מתני א"א לו להתקיים ע"ש :

וראיתי להרב שער המלך בהלכו' אישות דל"ה ע"ג שהביא ראיה לדעת רבי' דבע"מ לא בעינן משפטי התנאים מדאמרי' בפ' הא"מ גבי מעכשיו ולאח' שלשים יום וכו' לרב מספקא ליה אי תנאה הוי או חזור' לשמואל פשיטא ליה התנאה הוי עיין שם פי' רש"י וע"כ איירי בדלא כפל תנאו ואם כן קשה היכי קאמר שמואל דעד שלשים יום הוו קידושין תלויים שמא יחזור בו כיון דלא כפל תנאיה ואמר אם אחזור בי לא יהו הקידושין התנאי בטל והמעשה קיים אפילו יחזור בו ותי' דלא בעי' משפטי התנאים אלא בתנאי דעלמא כגון ע"מ שתתן לי מנה דגמר בדעתו לקדשה ורולה הוא בקידושין ובקיום התנאי אבל גבי מעכשיו ולאחר שלשים יום דהתנאי הוא בגוף הקידושין הרי לא גמר בדעתו לקדשה וכש' קיימא לכך בתנאי כל דהו מהני מיהו הרמב"ן והרשב"א שם פי' דהתנאי דמעכשיו ולאחר שלשים יום היינו אם לא ימות תוך שלשים יום ואם כן לא יתכן תי' זה עיין שם ולדברי הרשב"א ניחא דלא בעינן משפטי התנאים אלא בתנאי שאינו בגוף הדבר כגון תנאי בני גד ובני ראובן שהתנאי באם לא יעברו והמעשה בנתינת בארץ אבל כשהתנאי בגוף הדבר לא והכא נמי שהתנאי בגוף הקידושין אם לא יחזור בו או אם לא ימות תוך שלשים יום וכן לדברי הריטב"א לא שייך משפטי התנאים אלא דבתנאי דעשה או לא תעשה אבל הכא דאם לא ימות תוך שלשים יום דממילא הוא התנאי קיים :

י"ת מהר"ם מפדווא סי' כ"ו בלואה שכ' בה וקנו ממני בקנין גמור אגב סודר מעכשיו וכו' איך מרצוני הטוב אני יורש ונוחל וכו' כ' וז"ל שהוא כמו שמפרש ואמר בהדיא מהיום ולאחר מיתה והיתא בפי"ן וספ"ק דמליעא איזה מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע דלא קני אלא לאחר מיתה כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה ופיר"ת שר"ל שמפרש בהדיא מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה וכולי ובכ"ד שמשמע מתוך לשון הלואה בהדיא שיוכל לחזור עד לאחר מיתה שהוא כמפרש אם לא אחזור בי וכו' והיא מתנת שכ"מ ממש וכולי ומעתה צריך להסיר הלואת הקנין וכתבו ותנו מאחר שהיא מתנת שכיב מרע ולא נכתב בה לשון יפוי כח וכולי עיין שם מבואר דס"ל דמהיום אם לא אחזור בי הוי מתנ' שכיב מרע ממש דאין צריך קנין ואם היא בקנין בלא יפוי כח לא קנה ודבריו תמוהי' דגם לפיר"ת אינה כמתנת שכיב מרע רק לענין שיוכל לחזור בו ולא זכה הלה אפי' בגוף עד לאחר מיתה אבל אם לא חזר בו קנה למפרע מחיים ואם כן אפילו במקנה כל נכסיו צריך קנין וכ"כ מהריק"ו שורש ל"ד שהיא כמתנת בריא גמורה עיין שם ומצאתי בתשו' מהר"י בן הרא"ש סימן פ"ד וז"ל וכך הוא פי' איזהו מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע ר"ל שאין הקנין נגמר לגמרי לשום דבר עד לאחר מיתה כל שכותבין בה מהיום ולאחר מיתה פירוש שמפורש בה מהיום אם לא אחזור בי כל ימי חיי אז תחול המתנה מהיום וכל ימי חייו יכול לחזור בו כמו מתנת שכיב מרע שאם היה כתו' בה מהיום ולאח' מיתה קונה הגוף מהיו' ופירות לאח' מיתה ולא היה יכול לחזו' אבל במפורש בה מהיום אם לא אחזור בי כל ימי חיי אפי' גוף הקרק' לא נגמר קניינו עד לאח' מיתה ובשימות יקנה למפרע וכו' וכ"מ במה דהויא כמתנת שכיב מרע בדבר זה שאם נמלאת מתנה זו ברשות הנותן דלא יקנו אותה למקבל כי שמא חזר בו וכו' אבל לכל שאר הדי' שיש בין מתנת בריא לשכיב מרע מתנת שכיב מרע א"ן קנין

קנין ואם יש בה קנין המתנה אינה כלום אם לא במייפה את כחו ובמתנת בריא שכתוב בה מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה היא להפך צריכה קנין ואם אין בה קנין אינה כלום וכו' עכ"ל הרי שכ' (א"ה עב"מ והשאר קרוע ואח"ך כתוב אבל מצאתי למהר"ס ב"ב) :

אבל מצאתי למהר"ס ב"ב בתשוב' סימן ת"ך שכתב וז"ל אשר שאלת על ראובן התובע את שמעון לדין ואומר שהפקידה אמו ביד שמעון פקדון ושמסרתו לידו א"ל לתתו לראובן בנה לאחר מיתה ועתה שמתה תן לי הפקדון ושמעון השיב שכן אמרה אם אצטרך ממנו תנהו לי ואם היא אמות תנהו לראובן בזה נראה דלא זכה ראובן במתנה שהרי כיון שהיתה בריאה באותה שעה מתנת בריא צריך קנין ואף על גב דאמרינן בפרק י"נ איזהו מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה לפיר"ת שכת' בה מהיום אם לא אחזור בי ולאחר מותו משמע דלאחר מיתה מיהא קני בלא קנין שאני התם דכתב מהיום ולר"י בלא מהיו' לפי שזמנו של שטר מוכיח עליו אבל בנדון זה שלא אמר מהיום וליכא שטר וזמן שיוכיח על המתנה לומר דמחיי' חיילא לא קני דאין מתנה לאחר מיתה בבריא עד כאן לשונו הרי דס"ל דמתנה דמהיום אם לא אחזור בי קנה לאחר מיתה בלא קנין כיון שאמר מהיום או זמנו של שטר מוכיח עליו דהוי כמתנ' שכיב מרע ועיין בהמרדכי פי"ן סי' תקל"ג שכתב אבל בנדון זה דליכא מהיו' וליכא שטר וקנין וכולי וכ"ה בתשו' מהר"ס הקצרות סימן ל"ח עיין שם ומהר"ס מפדווא סימן כ"ב הוכיח מדכת' שטר וקנין ולא אמר שטר לחוד דסובר מהר"ס דבריא המצוה על אחר מיתה אם לא יש קנין כגון שדה נתונה לך לא קנה עיין שם וכבר הרב בני אהרן סי' ע"ו כת' שהוא דחוק עיין שם ולי נראה דט"ס יש במרדכי וצ"ל שטר וזמן שיוכיח וכו' כמ"ש בתשו' מהר"ס הארוכות ואם כן ס"ל דמתנה דמהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה קנה לאחר מיתה בלא קנין והתימה על מהר"ס מפדווא דהוא עצמו סוף סימן כ"ו סבירא ליה הכי מאחר שהיא מתנת שכיב מרע ממש דא"ץ קנין ואף על פי שי"ל בין שכיב מרע לבריא דשכיב מרע אפילו אמר מהיום אם לא אחזור בי א"ץ קנין משא"כ בריא מ"מ מדברי הר' משמע דגם בבריא דינו כמתנ' שכיב מרע ממש ע"ש ועי' במהריק"ש בתשו' סימן ז' שכתב כיון דפלוגתא היא אי חשיבא מתנת בריא או מתנת שכיב מרע אין מוציאין מיד המוחזק ולדעת מהר"ס שהיא כמתנת שכיב מרע (א"ה עד כאן מצאתי):

גם מה שנדחק מהר"ס מפדווא להסיר תלונת הקנין בכ"ד שצוה ליורשיו לתת ה' דוקא ליורשיו בעבור ירושת' דוקא לב' נשים וכו' נראה לכאורה שהיא מתנת שכ"מ במקצת שצריך קנין ומרן סס"י רמ"א כ' הנותן לחבירו כל נכסיו מטלטלי אג"מ ולא שייר ליורשיו אלא ה' זהובי' והיה לו בביתו שט"ח אם מתנת שכיב מרע היתה קנה השטרות בכלל נכסים הם ותמה הש"ך שם דכיון דשייר ליורשיו ה' זהובים הוי מתנת שכיב מרע במקצת ובעי כתיבה ומסירה עיין שם ונראה דסבירא ליה דמה ששייר ליורשיו ולא נתנו לא חשיב ממון שלו להחשיבו שיור רק בחזקת היורשים כמ"ש ה' כנסת הגדולה בסימן זה אות ט"ל בשם מהר"א מוטל עיין שם :

סימן רמ"ב

א' דין ג' לפיכך וכולי כתב הריטב"א בחי' לגיטין לדף כ"ח וז"ל ומהא שמעינן נמי לאשה שכתבה אחריות דשוב אינה יכולה לומר נח"ר עשיתי לבעלי וה"ה נמי למתנה טמירתא דהיכא דאיכא אחריות הוי ראייה דמתנה גמורה היא כאילו כתיב בה כתבוה בשוקא דאי לא הו"ל לקבולי עלה אחריות ואומר רבי' נר"ו דמי שנתחייב לחבירו מתנה הוא דצריך שיכתוב כתובה בשוקא ותתמוה בפרהסיא ואי לא הו"ל כמתנה טמירתא דלא שייך למימר בה דכיון דאיכא אחריות מתנה גמורה היא דגופה של חיוב היינו אחריות אא"כ מוסיף וכותב אחריות יתירא או שמשעבד לו כל נכסיו שקנה ושיקנה ואפשר לומר דהשתא כיון דנהוג למיכתב הכי דאעפ"כ הא לא סגי ולזה דעת רבי' נוטה עכ"ל :

ב' אלא אם כן אמר כתבוה בשוקא וכו' אם כתוב בשטר הוו עלי עדים וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וכולי כתב הריטב"א בתשובות הביאה מרן הב"י בסימן ע"א דבר התלוי וכולי וכן כתב רב האי גאון מאן דמקבל עליה למכתב שטרא בכל לשון דזכות אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי כראוי כיון דכתיב ביה ואחריות שטרא דנא קבילית עלי כחומר כל שטרות דנהיגי בישראל קיים לכל כללי וכולי וזה הוא ודאי סברא נכונה עיין שם וכן כתב רבינו ירוחם נ"ד ח"א תשו' רב האי עיין שם וגם הרמב"ן שכתב דאע"ג דכתיב בשטר בכל לשון של זכות לא מהני לכתביה בשוקא וכולי כבר כתב רב א' בתשובות מהרח"ש סימן ע"ז דנראה דאם כתב ואחריות שטר דנא קבילית עלי כחומר כל שטרות וכולי מודה הרמב"ן לרב האי דמהני והסכים עמו מהרח"ש שם :

ג' לפיכך כל שטר מתנה וכולי כתב מהר"ס אלשיך סימן ס"ד דיכולים העדים להעיד ע"פ או לכתוב שטר אחר דאותה מתנה הכתובה סתם גלויה ומפורסמת דיכולים לברר דבריהם אפילו בשכ"י יוציא ממקום אחר עיין שם וה' כנה"ג הגב"י אות ו' כ"ג דחה ראיותיו עיין שם וכן בתשובות בס' בעי חיי ח"ב סימן כ"ז דאפילו העדים מבררים עכשיו דמתנה גלויה ומפורסמת היתה לא מהני וכן דעת הרדב"ז ומהר"ס גאלנטי סימן ס"ו עיין שם וכבר כתבתי בסימן ע"א דמהרח"ש סימן א' כ' גבי אודיתא דלא כתיב בה וא"ל כתבו וכו' דאם העדים מעידי' ע"פ שא"ל כתבו וכו' נאמנים וה"ה כתבוה בשוקא וכולי שיכולים לברר דבריהם דדוקא בשטר שאין בו קנין אין יכולים להעיד ע"פ שהיה קנין משום דלפי עדותם תחלה אין לו קיום דחסר גוף ההקנאה אבל כתבוה בשוקא וכו' דלאו חסרון ההקנאה הוא אלא לברר שדעתו להקנות נאמנים וכן כתב הרמ"ה בפ' ח"ה סימן קי"ב עיין שם :

ד' לפיכך וכולי שטר מתנתא בערכאות של גוים כיון דלא נעשה כתיקון חכמים בטל דהא שטר מתנה שאין כתוב בו כתבוה בשוקא וכולי בטל הרשב"ץ ח"ג סימן רכ"א וכן כתב הרדב"ז סימן תק"מ עיין שם וכבר הכנה"ג בתשובות בס' עדות ביעקב סי' ע"א דקל"ב הביא דברי האחרוני' דס"ל הכי והסכים כן דעת מהריב"ל ודלא כה' משפט צדק עס"ב :

ה' הג"ה ואפילו תפס וכולי מתנה טמירתא לעניים הכנה"ג בתשו' ח"ב סימן כ"ז כ' מחלוקת האחרונים ואם כן היורש שהוא מוחזק יכול לומר קי"ל כמ"ד

כמ"ד דאפילו לעניים מתנה טמירתא בטילה עיין שם :

ן' הג"ה ואפילו תפס וכולי מרן בב"י כתב דמשמע מדברי הטור שדעת הרמ"ה דבמתנה טמירתא גמורה נמי אם תפס לא מפקי' מיניה אבל פשט דבריו מוכיחים דדוקא כשטוען דבמתנה גמורה יהיב שא"ל כתבוה בשוקא וכולי אבל כשהלה מודה דסתם א"ל כתבו מודה הרמ"ה דמפקי' עיין שם ומהר"ש מינץ סימן ס"ו כתב דס"ל דבסתם לא מפקי' אבל כשאמר בפי' אטמירו וכו' מפקי' עיין שם ובדברי הרמ"ה בפ' ח"ה סימן קי"ב מבואר בהדיא דאפילו באומר אטמירו וכולי אם תפס מטלטלין לא מפקינן מיניה עיין שם הטעם אבל הרא"ש ס"ל דבסתם נמי אם תפס מוציאין מידו כמו שהסכים מרן הב"י וכן פסק הלבוש ע"ש וכן כתב בש"מ בשם הרב יונה וז"ל ואע"פ שאמרו סתמא חיישי' והדברים מראים כי מתורת ספק מבטלין אותה כיון שהיא עומדת בחזקת בעלים הו"א אפי' תפס מקבל מתנה את המטלטלין מוציאין ממנו דקי"ל אוקי ממונא בחזק' מריה קמא כל זמן שלא תפס ברשות וכולי עכ"ל וכן פסק הרדב"ז ח"ב סימן תק"ס עיין שם :

ז' מיהו אם החזיקו וכולי ה"ד בסתם אבל אם אמר לעדים תתחבאו אפי' החזיקו לא קנה הרדב"ז בתשובות שם וכן מצאתי לרב האי בתשובות הגאוני' ח"ב שער ג' סימן כ"ה שכתב וז"ל ועוד שבדבריהם כשידוע שהיא מתנה טמירתא נאמר לא מגבי' ביה אבל אם נתן הנותן למי שנתן לו מ"ש אליו שהוא מתנה אין אנו מוציאין אותו מידו אע"פ שאמר לעדי' איטמרו וכתבו ליה כ"ש מ"ש בו מתנה סתם עכ"ל וכן כתב הרב כנה"ג אות י"ז דלדעת הר"י אפילו אמר בפי' אל תגליה אם היא בקנין קנה דלא כמהר"י מינץ ומדברי מהר"י הלוי בפ' חזקת משמע אפילו אמר בפי' אל תפרסמו איכא מ"ד דקנה אבל הוא הסכים עם איכא מ"ד דאם לא אמר פרסמו חיישי' והתימא על הטור שכ' בשמו דבקנין קנה מיהו בדברי הרמ"ה סי' קי"ב מבואר דדוקא בסתם לא חיישי' עיין שם ועיין בתשובות מהר"ש לבוד סימן ו' שכתב דנראה פשוט דהיינו דוקא בשהחזיקו הנותן בפני העדים אבל בלא"ה אין להאמינו מאחר שלוה לעדי' שלא יגלו וכולי עיין שם :

ח' דין ו' שכיב מרע שלוה ואמר לא תגלו וכולי וה"ד במתנת בריא אם בשעה שחלה יש רשות לעדים לגלות המתנה קיימת כגון בריא שנתן מנכסיו ולאחר ל' יום ולא תגלו עד כ"ח יום כיון שביום ל' שחלה ונגמר הקנין יש להם רשות לגלות ש"ד מהרש"ח בתשובות סימן מ' עיין שם אבל במתנה מעכשיו וצוה שלא לגלות עד יום וכולי בטלה כיון דבשעה שחל הקנין טמירתא היא וה"ה בשכ"מ שלוה שלא יגלו עד זמן פ' אחר המיתה כיון דאחר המיתה מיד שחלה המתנה אין להם רשות לגלות בטלה וכן כתב בעל העיטור דל"ג ע"ד וז"ל והיכא דא"ל לסהדי לא תגלו האי מתנתא עד דמטי זמן פ' מתנת' טמירתא היא והא דכ' רבוותא שכ"מ שאמר לא תגלו האי מתנתא עד לאחר מיתה לאו מתנתא טמירתא היא משום דמתנת שכ"מ לאחר מיתה ובעידנא דקא מקניא ליה מתנתא טמירתא היא עכ"ל הרי בהדיא דמתנה דחלה מעכשיו ואמר לא תגלו עד זמן פ' בטלה כיון דבשעה שחל הקנין טמירתא היא ומתנת שכ"מ שלוה שלא תגלו עד לאחר מיתה דקנה משום דאינה חלה עד לאחר מיתה ובאותה שעה יש רשות לגלות אבל שכ"מ שלוה לא תגלו עד זמן פ' אחר המיתה כיון דבשעה שחלה המתנה מיד לאחר מיתה טמירתא היא בטלה ומהר"ש דוראן בס' חוט המשולש סימן ו' כ' אפילו צוה לא תגלו עד לזמן פ' אחר המיתה עיין שם וליתא :

ט' מתנת שכ"מ וכולי כתב הטור והרמב"ם ומרן בסימן רנ"ב מתנת שכ"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה לפיכך מוציאין מיד מקבל המתנה למזון האשה וכתובה וכולי שהרי וכולי כתב המ"מ פי' כתובת אשה היינו כתובת בית דין שאינה טורפת ממשועבדים אחרים וטורפת ממתנת שכ"מ וכולי וכתב בדרישה מיהו סתם רבי' משום דמלינו ג"כ כתובה שאינה טורפת מכ"מ והיינו כשהם מוקדמין לנישואי האשה ואפ"ה היא גובה ממקבל הקודם לה וכגון שנתן לו בחייו ואמר לו מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה ובה"ג דינו כמתנת שכ"מ לגמרי ומשום הכי גובה כתובתה ממנו אף שהוא מוקדם דהו"ל כאלו מכר מתנתו קודם מיתתו דהוי חזרה וה"ה שעבוד שעבד לאשתו בנכסיו וכולי ע"ש ונראה דאין השעבוד ששעבד לאשתו הוי חזרה כאלו מכר דא"כ אפילו היא מתנת בריא דאם לא חזר דקנה למפרע מהיום כיון דאמר אם לא אחזור בי והרי חזר המתנה בטלה אלא כיון שהיה יכול לחזור בו חל השעבוד וכן מצאתי בא"ז בפ"ק דמציעא די"ט ע"ב שכ' בשם תלמידי הרי"ף וז"ל האי כתבא לא יהבינן ליה דדילמא יהבתיה את לאינש אחרינא וא"ת תיפוק ליה אפילו לא יהבה לאינש אחרינא מ"מ איכא חששא למיתן ליה להאי דדילמא להכי הוא אומר שהוא שלו משום דהוא חייב לב"ח או לכתובת אשתו או למזונות מאותו זמן של שטר מ"ה אומר שכבר נתן במתנה לזה מקודם שעבוד כדי שלא יטרפו ממנו וי"ל דלפר"י ניחא דפי' מהיום ולאחר מיתה רוצה לומר מהיום אי לא יהיבנא לאינש אחרינא דהשתא ליכא למיחש למיתב לקמא דאם היה מחוייב לב"ח או לכתובת אשתו או למזונות כיון דמ"מ אינה נגמרת עד לאחר מיתה כדפי' שפיר יטרפו מינה שהרי שעבד לו כל נכסיו שיש לו יכולת בהם והרי יש לו יכולת בזה המתנה לחזור בה כיון דאינה נגמרת עד לאחר מיתה עכ"ל עיין שם :

יו"ד על א' שנתן מתנה לבנו קרקע שלו מהיום ולאחר מיתה וכל ימי חייו יכול למשכן או למכור ואחר כך נשא אשה ומת ולא הניח נכסים רק קרקע זה :

כתב מרן בסימן רנ"ז דין ז' כתב לו מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה היא לגמרי כמתנ' שכ"מ ויכול לחזור בו כל ימי חייו אף מהגוף עיין שם ואם כן נראה דמוציאין לכתובת ב"ד ולמזון האשה והבנו' כדין מתנת שכ"מ בסימן רנ"ב עיין שם ואם כן נראה דה"נ שכתב שיכול למשכן או למכור עד לאחר מיתה הוי כמתנה מהיום אם לא אחזור בי עד לאח"מ שהיא כמתנת ש"מ לגמרי והרשב"א בתשובות הביאה מרן הב"י בסימן ר"ז מחודשי' ע"ו שכתב וז"ל ויכול הוא ליתן מהיו' ולאחר מיתה ובכך קנו מקבלי מתנה גוף הנכסים מהיום ופירו' לאחר מיתה וכולי מיהו אם כתב כן אם רצה לחזור בו אינו רשאי ואפילו וכו' אבל אם רצה לשייר ישייר בפירוש כן שאם רצה למכור שיהא רשות בידו או שיכתוב בשטרי המתנות מהיום וכשלא אחזור בי וכולי והיא בתשובות הרשב"א ח"ג סימן ק"ח עש"ב ונראה דס"ל דמתנה דמהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה דינה כמתנת בריא וכל שלא חזר בו אם שייר שיכול למכור אבל לדידן דמתנה מהיום אם לא אחזור בי דינה כמתנת שכ"מ וה"נ כששייר שיוכל למכור הוי כאומר שיוכל לחזור דלא קנה
אפילו

אפילו הגוף עד לאחר מיתה וכבר כתבתי בס' עה"ש ח"א סימן ע"א אות ל"ד דברי הרב בס' א"ז למליצא די"ע ע"ב בשם תלמידי הר"ף דמתנה מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה אם היה חייב לב"ח או לכתוב' אשה ומזונות יטרפו ממנה שהרי שעבד כל נכסיו שיש לו יכולת בהם והרי יש לו בזו המתנה לחזור בה כיון דאין נגמרת עד לאחר מיתה וכן כתב הגמ"ר בפ"ח דכתובו' בשם הר"י מאייברא ע"ש משמע דאפילו קדמה המתנה לכתובה כיון ששעבד נכסיו שיש לו יכולת בהם והרי יש לו יכולת בזו המתנה למשכן או למכור חל השעבוד עליה אפילו קדמה ונראה דאם היה חייב חוב בשטר גובה מקרקע שנתן מהיום אם לא אחזור בי או שיוכל ואם לא רצה לחזור למכור כופין אותו כמ"ש הכנה"ג בסימן כ"ה הגב"י אות מ"ד דבמקום שיוכל המוחזק לומר קי"ל והיה עליו חוב בשטר אינו יכול לומר איני רוצה לזכות להפסיד לב"ח אלא כופין אותו לזכות לפרוע לב"ח וכ"כ בתשובות בעי חיי סימן ר"ט דרש"א בדלמנה שיש עליה חוב וכולי ואם כן ה"נ אפילו לא שעבד נכסיו לב"ח כל שחייב לו ואין לו נכסים כופין אותו לחזור במתנתו או למכור אבל לאחר שמת הנותן ולא חזר בו אין ב"ח ואשה גובה ממנה אלא אי חשבינן לה מתנת שכ"מ דלא נגמרה עד לאחר מיתה אבל למ"ד דחשיבא מתנת בריא דקנה הגוף אחר מיתה למפרע מחיים :

י"א על מתנה א' הו שליה שיתנו לאשתו כתובת' ויתנו לבנו כו"ך ושאר נכסים ימכרו ופירותיה' ב' שליש' לת"ת של הק"ק תואגנא ושלים לתת' של קהל קדוש פורטיגיזים והיה זה בקנין גמור מיד העדים :

לבאור' נראה דהאי מלוה מחמת מיתה הוא והטור בסימן ר"ן סכ"ט כתב בשם הראב"ד דמלוה מחמת מיתה נמי כיון דא"ן קנין הקנין בלא יפוי כח מגרע כחו ומהר"ס מפדווא לדד שהטור והמרדכי חולקים וכ' אבל אין לסמוך לדחות דברי הראב"ד הנז' בפי' ע"ש והכנה"ג בתשובות בס' בעי חיי בסי' קפ"ו דרכ"ג ע"ג כתב שכן נראה מדברי הרב בספר הקלר שכתב סברת הראב"ד בשם י"א עיין שם וליתא שהרי כתב הרמב"ם בפ"ח מה' זכייה דין י"ז והביאו הטור סי"ד ופסקו הרב בספר הקלר סימן ט' אבל אם נתן לו המקלת בפי' במתנת שכ"מ א"ן קנין ואם עמד חוזר ואם לא עמד קונה זה המקלת ואם יש בה קנין אינו קונה אלא אם כן כתב במייפה כחו וכו' וכתב הראב"ד זהו מלוה מחמת מיתה ע"ש וכן כתב הסמ"ע ס"ק כ"ג אשמעי' דאם אמר בפי' שנתן המקלת במתנת שכ"מ הו"ל כאילו אמר בפי' שנתנו מחמת מיתה וכולי ובסעיף כ"ד כ' ואם יש בו קנין אינו קונה וכולי כ"כ הטור והמחבר בסמוך בס"ס י"ז אפי' במלוה מחמת מיתה ע"ש הריד הטור ומרן ס"ל דנותן מקלת בפי' במתנת שכ"מ או מלוה מחמת מיתה אם יש בו קנין אינו קונה אלא אם כתב ביפוי כח ולשון הטור שם ואם לא עמד קונה זה המקלת ואף אם יש בו קנין אלא במייפה כחו וכ' הפרישה נראה דה"ק ואף בזה הוא דומה למלוה מחמת מיתה ואם יש בו קנין צריך דוקא יפוי כח וכו' ע"ש נראה דמלוה מחמת מיתה פשיטא דקנין מגרע כחו אבל נותן מקלת בפי' במתנת שכ"מ ס"ד כיון שבפי' נתן במתנת שכ"מ הקנין לא מגרע כחו ולא אמרי' שמא לא גמר להקנות אלא בשטר :

י"ב על שטר מתנה שנתן הבעל לאשתו וכתוב שנתתי לה ע"פ תנאים כמש"ו בידי וכו' ולא נמצא שטר התנאי :

ונראה בסי' מ"ו קי"ל עדי' שאמרו תנאי היה הדבר ולא ראינו שנתקיים התנאי הרי אלו נאמנים וכתב הרב שפתי כהן משמע דר"ל שאומרים תנאי היה הדבר שבעל השטר יעשה כך וכך ולא ראינו שעשה כך וכך והלוה או המוכר אומר לא עשה כל זמן שאין בעל השטר מברר שעשה וכן משמע מפירש"י וכו' וז"ל הרב חוקות הדיינים סימן רל"א עדים שהיו חתומים בשטר ואמרו תנאי היו דברינו וכולי כלומר על תנאי שיעשה המלוה ללוה כך מסר השטר ולא ראינו שקיים תנאו והלוה אומ' שלא קיי' לי התנאי וכיון שכן זה השטר אינו כלו' הרי אלו נאמנים וכו' ואם אמר בעל השטר כבר קיימתי התנאי והלה אומר לא קיימתיו על בעל השטר להביא ראייה כלל זה בידינו דכל מי שהוטל עליו לעשות התנאי עליו להביא ראייה שקיים התנאי כ"כ רש"י עכ"ל וכן קי"ל האומ' לחבירו הריני נותן לו כך וכך ע"מ שתעשה דבר פ' על המקבל להביא ראייה שקיים תנאו אבל אם א"ל על מנת שלא תעשה על הנותן להביא ראייה שבטל תנאו וכתב הסמ"ע הטעם דלעולם מקיימין הדבר כמו שהיה מעיקרא מש"ה צריך להביא ראייה שנשתנה הדבר עיין שם וכהאי גוונא כתבו התוס' במכות דף ט"ו בד"ה דמאי וכו' דלא אמרינן שמא יקיים העשה ויש לנו לומר שמעולם יעמוד כמו שהוא עכשיו והוי התראת ודאי אבל לר"י דתלי מילתא בביטול העשה הו"ל מחוסר מעשה וכו' עיין שם בהורך ואם כן בנ"ד שכתוב בשטר שנתן ע"פ תנאים שתם אם טען הנותן שהם תנאים שעל המקבל לעשות ולא קיימי' אם נאמן והרשב"א בתשו' סי' התקצ"ד כתב על ראובן שמכר קרק' לחבירו ובאו ב' עדי' והעידו שתנאי היה שאם יחזיר לו המעות מכאן ועד זמן פלוני המכר בטל והלה מביא עדים שמכר בלא תנאי כיון שלדברי כולן זה כדין ירד אלא שזה מביא עדים שיש לו להסתלק מחמת התנאי והלה מביא עדים שמכר בלא תנאי כיון שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד אלא שזה מביא עדים שיש לו להסתלק מחמת התנאי וזה מביא עדים שהמכירה לחלוטין הרי הקרקע בחזקת לוקח זה שהוא עכשיו בידו ולא אמרינן אוקי בחזקת מרה קמא וכו' עיין שם וכ' מהרא"נ"ח חלק ראשון סי' פ"ח דהפי' על ידי התנאי המכר בטל מעיקר' מכל מקו' כבר היה שם מכר ועל ידי התנאי בא לבטלו וכולי וכ"כ בתשוב' ח"ב סימן פ"ז דנראה מדברי הרשב"א שלדברי האומרי' שהיה שם תנאי שהמכר בטל מעיקרו וכו' עיין שם וכן מבואר בתשו' הרשב"א חלק שני סי' רכ"ט דהתנאי היה בשעת המכר עיין שם באורך אם כן אפילו התנאי היה בשעת מכירה והמכר בטל מעיקרו כיון שהיה מכר מוקמי' ליה בחזקת הלוקח דאין ספק תנאי מוליא מידי מכירה ודאית והוא הדין במתנה ודוקא כשיש ודאי תנאי ונחלקו בקיומו אם הוא תנאי בקום עשה על המקבל להביא ראייה שקיימו מיהו אפשר דכל שיש תנאי בודאי אלא דנחלקו אם הוא תנאי בקום עשה או בשב ואל תעשה מוקמי' בחזקה הנותן ודוקא בנחלקו בעיקר התנאי דב' אומרי' לא היה תנאי והמכיר' לחלוטין הוא דכ' הרשב"א דקרקע בחזקת לוקח ועיין בב"י סימן ר"ט שכת' תשו' הרשב"א דכרס וכת' הרב כנסת הגדולה בחלק שני שם דבתשו' הרשב"א חלק שני סימן רמ"ו שכתב שאלו היה המקח מתבטל בביטול התנאי על הלוקח להביא ראייה שנתקיים התנאי התם שאני שהתנאי כתוב בתוך השטר שעל מנת כן מכר אבל הכא המכר הוא בהחלט בשטר אלא שזה טוען שעל תנאי היה ע"פ עדים וזה מביא עדים

עדים שלא היה שם תנאי עכ"ל אם כן הכא נמי כיון שנכתב תנאי בשטר אלא שהנותן טוען שהוא תנאי בקום עשה ולא קיימו והלוקח טוען שהוא תנאי דשב ואל תעשה ולא בטלו נראה דקרקע בחזקת בעליו דכיון דודאי היה תנאי על המקבל להביא ראייה שהוא תנאי דשב ואל תעש' ולא בטלו אבל אינו מוכרח דהשו' סימן רמ"ו שאני כיון דלכ"ע יש תנאי בקום עשה ולא נחלקו אלא בקיומו אין המקבל נאמן שקיימו כמ"ש הסמ"ע הטעם דלעולם מקיימי' הדבר כמו שהיה מעיקרא וצריך המקבל להביא ראייה שנשתנה הדבר עיין שם א"כ אין חילוק בין נכת' התנאי בשטר בין בעל פה אם היה התנאי בקום עשה ונחלקו בקיומו על המקבל להביא ראיה בקיומו אבל ספק בתנאי אפי' נכתב בשטר אמרינן יד בעל השטר על התחתונה וכן כת' המס"ל בפט"ו מה' טוען בתשו' הרשב"א דדוק' בששנים אומרים היה תנאי ושנים אומרים לא היה אבל אם התנאי מוסכם ובקיומו נחלקו שנים אומרים נתקיים וב' אומרים לא נתקיים כיון שכולם מודים בעיקר התנאי אלא שנחלקו בקיומו אפשר דיד המקבל על התחתונה ויש ללמוד זה מדב' הר"ן בפ' מי שאחזו דהמוכר או הנותן דבר לחבירו על מנת שיתן לו מאתים זוז וכיוצא בתנאי שהוא בקום עשה על המקבל לברר שקיים תנאו ואף על גב מידי לא נפקא ואפשר שקיים תנאו והול"ל לפי דעת הרשב"א כיון שיש נתינה ודאי וספק בתנאי וכולי אלא טעמא דכמו שיש ודאי נתינה ה"נ יש כאן ודאי תנאי והספק אם נתקיי' התנאי משא"כ בנדון הרשב"א דהספק בעיקר התנאי אם יש תנאי או לא (א"ה עכ"מ) :

י"ג שטר מתנה בפנינו אנו עדים חותמים מטה איך שה"ר יוסף אוסונא היה מוטל על ערש דוי ושלא אחריתו כדי לעשות צואת שכיב מרע ומקודם לכן שאלנו אותו והשיב על לאו לאו ועל הן הן וראינו שדעתו מיושבת עליו כבריא וכך אמר לנו הוו עלי עדים כשרים ונאמנים וקנו ממני בקנ"ס ודל"ב איך שהבית שאני שוכן בה כעת ומטלטלי שבה הם נתונים לאשתי אסתר מפאת כתובתה מתנה גמורה מעכשיו מתנת בריא וכולי ושאר נכסים שיש לי חולה כגון משכונות וכיוצא הוו עלי עדי' איך שמניתי והרשיתי לה"ר משה קוסטא ועשיתי אפטרו' על אותם הנכסים להיות מונחים תחת ידו ורשותו לעשו' מהם ספר תורה ותיק וכל הוצאותיו מן המובחר ולהתטפל בתכריכין וצרכי הקבורה ודרשות וכל הוצאות לצורך המת והנשאר מהנכסים יתחלקו לשני חלקים חלק אחד לאשתו מלבד הבית והמטלטלין והחלק הב' יטלו היורשים ע"כ :

תשובה נראה פשוט דזה מלוה מחמת מיתה כיון שצוה ליתנה לאשתו המטלטלין שבבית מפא' כתובתה ולא ניתנה כתובה ליגבות מהיים כמו שכ' רב א' בספר דבר משה סימן ע"א וגם הרב המחבר שחול' דלא נקרא מלוה מחמת מיתה מודה בנדון דידן שהזכיר מיתה שמינה אפוטרופוס ליטפל בצרכי קבורתו ודרשו' וכן כ' מהר"י אלגאזי בספר נהות יעקב סימן ב' עיין שם אבל מדנתן לה המטלטלין מתנת בריא ומעכשיו ובקנין כו' דהוי כאומר מעכשיו ולאחר מיתה או מעכשיו אם מתי וכי האי גוונא כ' מהרימ"ט חח"מ סימן ן' עיין שם וכן כ' מהר"ש מפדווא סימן כ"ו בלוה שכ' בה וקני ממני בק"ג מעכשיו שמרצוני הטוב אני יורש ונוחל וכולי דהוי כאומר מהיום ולאחר מיתה אלא שנדחק שם להסיר תלונת הקנין דהטור והמרדכי חולקין על הראב"ד וסבירא להו דהקנין אינו מגרע במלוה מחמת מיתה עיין שם באורך וכבר כ' בסימן ר"ן דין ט' דלא ראה דברי בעל העיטו' והרמ"ה והרמב"ן והנ"י והריב"ש דס"ל כהראב"ד דגם במלו' מחמת מיתה הקנין מגרע ובעי' יפוי כח וכן מוכח בהדי' מדברי הרמב"ם והטור וכן הסכמת האחרונים ע"ש אלא דמתנה מהיום ולאחר מיתה או אפילו מהיום אם לא אחזו' בי מקריא מתנת בריא בצריך קנין ואינה כמתנת שכ"מ אלא לענין שיכול לחזור בו כמ"ש בסימן רנ"ז עיין שם באורך וכן כתב מהרימ"ט שם :

אבל ראיתי למהריב"ל ח"ד סימן כ"ו שכ' על ראובן שלוה מחמת מיתה שיתנו קצת מנכסיו לשמעון אחיו ובסוף הצואה הקנה בקנין מעכשיו וז"ל ולכאו' נר' דכיון שצוה מחמת מיתה אפילו הקנה בקנין ומעכשיו לא הוי כמתנת בריא גמורה וכולי דשכיב מרע שלא פירש בהדיא שצוה מחמת מיתה אפשר לומר כיון דקנה מעכשיו הוי מתנה גמורה אבל היכא דפירש צוה מחמת מיתה א"ל לקיים את שניהם דהקנה הגוף מהיום ולאחר מיתה הפירות דכיון דאמר מעכשיו ומתחלה צוה מחמת מיתה אפשר לומר דהוה ליה כאילו אמר מעכשיו ולאחר מיתה וכולי מכל מקום בנדון דידן מסתברא דחזרה הויא כיון דבתחלת הצואה אמר שהיה מצוה מחמת מיתה ואח' כך בסוף הצואה הקנה בקנין מעכשיו אית לן למימר דחזרה הוי דבשלמא גבי מהיום ולאחר מיתה הם ב' תיבו' סמוכו' זה לזה הוי מהיום הגוף ולאחר מיתה הפירו' אבל בנדון דידן א"א וכולי דאם כן למה ליה לפלוגי קניית הפירות בתחלת הצואה וקניית הגוף בסוף הצואה אלא ודאי דחזר' הוי והכל הולך אחר התחתון עכ"ל הרי שהסכים דאפי' מצוה מחמת מיתה שהקנה בקנין ומעכשיו בסוף הצואה חזרה הוי ומתנת בריא גמורה היא אם כן בנ"ד הכ"נ דהוי כאומר מעכשיו אם מתי או מעכשיו ולאחר מיתה צריך קנין וכל שכן דקאמר מתנת בריא וכולי וכן כתב מהראד"ב בספר לחם רב סימן ר"א דאפי' לבעל הצואה כגון שאין בה קנין מפ' לה מהיום ולאחר מיתה דצריך קנין ובטלה עיין שם וכל שכן לקיים המתנה וא"כ אפי' היו המטל' שבבית יותר מכדי כתובתה זכתה בהם כדקי"ל בסימן רנ"ג בשכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז בכתובת' ידה על העליונ' וכו' ע"ש :

אבל יש להסתפק בנדון דידן שלא כ' העדים שאמ"ל כתבוה בשוקא וכו' ומה שכ' הטור בשם הרא"ש דהאידנא דלא כתבי' משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנ' הכי הילכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם דעתו היה שיכתבו כמנהג הסופרים והוי כאלו אמר כתבוה בשוקא וחתמוה בברא כ' מרן הב"י בתי' הב' דהכי קאמר דלא חיישי' אם הנותן אמר סתם כיון דנהיגי למיכתב וכולי ופירוש זה נראה יותר שכך הם דברי התוס' וכו' עי"ש ולפ"ז משמע אם לא כתבו העדים לא אמרי' כמי שנכת' דמי וכבר הרב כנסת הגדולה אות י"ב ובתשובו' בספר עדות ביעקב סימן מ"א דקל"ב ע"ב כ' מחלוקת האחרוני' לכן אין מוציאין מיד המוחזק עיין שם גם מהרימ"ט סי' כ"ד נסתפק כשקנו מידו ולא אמר בפירוש שיכתבו אי הוי כמצוה לכתוב השטר או לא הביאו הרב כנסת הגדולה אות כ"א עיין שם והרב פני משה ח"א סימן ס"ד דף קכ"א ע"ד הכריע דגם בקנין לבד סגי עיין שם וכן כ' הרב דרכי נעם סימן י"ב עיין שם וכן משמע מדברי רמב"ן דק"ג רע"ד וז"ל וכיון דהכי האידנא דכל מתנות סתם הם היכי כתבי' בהו וכן א"ל פלו' כתבוה בשוקא וחתמו בברא והוא לא אמר הכי אלא סתם אמר ונרא' דהכי שמני' כיון דסתם קנין לכתיבה עומד אדעתא דהכי מקני דליכתבו כתי' חכמים והרי הוא כמפרש כתבו לי כהי'

כתי' חכמים כדאמרי' בעלמא נמי כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ה"נ מקני לכתוב אדעתא דרבנן עכ"ל משמ' דבקנין לבד אפילו לא אמר בפירוש שיכתבו כיון דסתם קנין לכתיבה עומד הוי כמפרש שיכתבו בהדיא ומצאתי למהר"ם ב"ב בתשו' האחרונו' סימן תתקע"ז שכ' וזה לשונו ושכ' דזימנין דליכא אלא תרי סהדי ויכתוב הסופר בקנין ובב"ד חשוב ולכל הפחו' ליבעי שלשה חשובי העיר הא ל"ק הא נמי ברוב פעמים גבי מתנו' דכתוב בהם וכך א"ל פלו' מתנה זו כתבוה בשוקא וכו' אף על גב דלא א"ל הכי אלא י"ל כמו שכ' התוס' בפ' ח"ה לפי שנוהגים נכסיו לכתוב בשטר מתנה וא"ל מתנה כתבוה בשוק' וכו' הילכך כי א"ל סתמא בדעתא כמו שכותבים בשטרו' וכו' כיון דטופס שטרות הוו כן לכתוב בב"ד חשוב וכן נהגו כולם לכתוב ואיהו אמר לסהדי לכתוב בשטר כדרך שרגילי' לכתוב הוא כאילו הודה בפניהם שהקנה לו בבית דין חשוב והודאת בעל דין כמאה עדים דמי אבל היכא דסהדי כ' השטר על ידי קנין שבפניהם אף על גב דלא א"ל כתבו לי שטר כותבים כך בקנין ובב"ד חשוב והקנין לא בב"ד חשוב אם נודע דבר זה ע"פ שני עדים שלא היה בב"ד חשוב ושלא צוה להם לעדים לכתוב שטר לא היינו מוציאין ממנו ממון זה בשטר דתרי ותרי נינהו והיכא דליכא סהדי אחריני שאומרים שלא היה קנין בב"ד חשוב ושלא צוה לכתוב אנו ממ"כ אעדים סמכינן שכתבו וחתמו והעידו שהקנין בב"ד חשוב והם עשו שלא כדין יהא הקולר תלוי בצוארם עכ"ל והובא בהגו' המיי' דשייכי לס' קנין סימן ד' ע"ש מבואר דסבירא ליה דאם צוה להם לכתוב שטר הוי כאילו הודה בפניהם שהקנו לו בב"ד חשוב והודאת בעל דין כמאה עדים דמי אבל אם לא צוה לכתוב שטר אלא שהם כתבו השטר על ידי הקנין שבפניהם אין העדי' עצמם נאמנים בכך אלא אם העידו שני עדים אחרים שלא היה כך אין מוציאין ממון ממנו והכ"נ אפילו כתבו העדים וא"ל כתבוה בשוקא וכולי אם העידו שני עדים אחרים שלא צוה להם לכתוב השטר אין מוציאין ממנו ממון אבל העדים עצמם אין נאמנים בכך אבל אם צוה להם לכתוב שטר והעדים גם כן לא כתבו וא"ל כתבוה בשוקא תייפי' לה ודוקא אם צוה להם לכתוב שטר קנה דהוי כאלו הודה בפניהם שהקנו לו מתנה גמורה דפרהסיא והודאת בעל דין כמאה עדים דמי ואפי' לא כתבו העדים וא"ל כתבוה בשוקא וכו' קנה ואם כן בנדון דידן שקנה קנין לבד ולא צוה להם לכתוב שטר וגם העדים לא כתבו הכי וא"ל כתבוה בשוקא וכו' לא קנה :

אבל יש להסתפק בנ"ד כיון שכ' מתנת בריא וכולי א"ל דמלא וכו' הוי כאילו נכתב ג"כ מתנת שוקא מתנת פרהסיא שכותבי' בשטרות כמ"ש האחרונים בשטר שכתוב בו נאמנות וכולי דהוי כנאמנות מפורש עליו ועל יורשיו והסכים עמהם ה' כנה"ג בסימן ע"א אות כ"ה וכולי עיין שם וכן כתב מהריב"ל ח"א סימן ס"ח גבי אחריות דאקני ובסי' ק"ה גבי אסמכת' וז"ל ואחר שכתבתי זה א"א שזכה ראובן כדין חדא דכתב בשטרא וקנינא וכו' וכבר נהגו הסופרים לכתוב בשטרות וקנינו בקנין דלא כאסמכתא וב"ד חשוב וכו' ובודאי כשכ' וקנינא וכו' אכולה מילתא קאי ע"ש וכ"כ מהרשד"ם חא"ה סי' רי"ו ומרש"ח בתשובות סי' י"ג וסי' י"א עיין שם וכן כתב מהרח"ש ח"א סימן ג' בשטר שכתוב דלא כאסמכתא וכו' דכמלא וכו' נכלל התיבות הנמשכות המורגלות לכתוב בתר תיבת דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי וכו' עיין שם אבל ראיתי לה' כנה"ג בסי' ק"ב אות ז' הביא דברי מהרש"ך חלק שני סימן מ"ד דס"ל דאפילו כתוב בשטר אחריות וכולי לא הוי אחריות דאקני בכלל וכתב עליו וז"ל ויש לתמוה עליו מ"ש דמלא וכו' מהני לשווי מפורש עליו ועל יורשיו וכולי ולא מהני לשווי כולל אף באחריות דאקני ויראה לי דמלא וכולי לא תוסיף את כח להכנים באחריות מה שלא פורש דלא מרבינן ממלא וכולי אלא במתחייבי' לא בענין האחריות עצמו עיין שם ואם כן א"ל דה"נ לא מרבי' ממלא וכו' מתנת שוקא ומתנת פרהסיא גם ה' בית דוד חא"ה סימן ס"ג כ' בנאמנות וכו' דל"ע למעשה עש"ב אך ראיתי למהרש"ך עצמו סי' קל"ה שכתב בשטר שכתוב בו דלא כאסמכתא וכולי אע"פ שלא נתפרש בו דלא כטופסי דשטרי כיון שכתוב תיבת וכו' הו"ל כאלו נפרש בו דלא כטופסי דשטרי לענין דאמרינן יד בעל השטר על העליונה מספק כמו בנאמנות וכו' דהוי כמפרש עליו ועל יורשיו עיין שם אבל ראיתי גם למהרא"ב בס' לחם רב סימן ן' שכ' וז"ל אע"ג שיהא כתוב בכתובה הנאמנות וכולי וכ' מהריב"ל וכו' שהרי כתב וכבר נהגו לכתוב בשטרות וכו' וכיון שהיה פשוט בעיר לכתוב כך כתב הרב דכיון שכתוב וכו' אמנהג דעיר סמיך אבל בנ"ד שבכתובות רבות אין כתוב בהם ממנו ומיורשיו אדרבא נאמר דלא אמר וכו' אלא לומר שיהא נאמנות כמפורש בשני עדים כשרים אבל לא נאמר בכלל בלשון וכולי שיהא נאמנות עליו ועל יורשיו דכל שזה בא לעקור תקנת חכמים צריך שיפרש אותו בהדיא וכו' עיין שם ראייתו לכאורה גבי נאמנות על יורשיו שהוא בא לעקור תקנת חכמים ס"ל כיון דאין מנהג בעיר לכתוב ממנו ומיורשיו אמרינן דמלא וכולי לומר שיהא נאמר נאמנות מפורש כשני עדים אבל אם היה מנהג פשוט בעיר לכתוב ממנו ומיורשיו אם כתב בנאמנות וכולי אמרינן דסמך אמנהג העיר ועליו ועל יורשיו קאמר ואפשר שזה דעת מהרש"ך דמ"ש דמלא וכולי הוי כמפרש עליו ועל יורשיו ה"ד כשמנהג פשוט בעיר לכתוב עליו ועל יורשיו דאמרינן מלא וכולי אמנהג סמך אבל לגבי אחריו' דאקני לא :

ומ"ש והשאר מהנכסים יתחלק לשני חלקים חלק א' לאשתי וכו' נראה דהמתנה קיימת דיחלוק הוי לשון מתנה כמ"ש הטור בסימן רפ"א ס"ח וז"ל ראובן צוה מחמת מיתה שיתנו מנכסיו לפלוני כך וכך והשאר יחלוקו אותו לג' אחיותיו וכו' כיון שאמר שיתנו לפ' כך וכך מהני ל' מתנה לל' ירושה דאחיות ועוד דיחלוקו ל' מתנה ודבריו קיימים אפילו במקום בת עיין שם והכא נמי לגבי אשתו הוי ל' מתנה דליורשים הוי לשון ירושה וכבר כתב הרשב"ן חלק שני סי' רכ"ו וז"ל ואף על פי שבדבור א' אמר לבני ולבתו ל' מתנה דייני' לבנו לשון ירושה ולבתו לשון מתנה כדינה עיין שם וכ"כ מהרי"ל בתשו' הביאו מרן הב"י סימן רכ"ג וז"ל אע"ג דמפרשי' לה לגבי בן לשון ירושה נלע"ד דפלגינן דבוריה ומפרשי' לה לגבי ברתא בלשון מתנה וכו' כי היכי דאמרינן בנו ואשתו ואחר בנו ואשתו משום אפטרופו' ואחר משו' מתנ' ה"נ הכא עיין שם והכא נמי דכוותא לאשתו הוי ל' מתנ' וליורשים הוי לשון ירושה ולכאורה נראה כיון שנתן לה הבית והמטלטלין במתנת בריא ומעכשיו ובקנין הכא נמי מ"ש והנשאר חלק א' לאשתי וכולי מעכשיו ובקנין חוזר לשני המתנות וכהאי גוונא כתב מהרש"ך חלק שני סימן ל' דלשון מעכשיו הכתוב למטה חוזר לשני המתנות עיין שם ואין לחלק בין מעכשיו באחרונה ומעכשיו בראשונה כדתנן בפ"ה דשבועות שבועה שאין לך בידי ולא לך ולא לך חייב על כל רא' א' ר"א אומר עד שיאמר שבועה באחרונה

באחרונה והרמב"ם פ"ז דשבועו' פסק כת"ק דאפי' אמר שבועה בא' קאי על הכל עיין שם וכבר הוכיח מהר"י באסן בתשוב' סימן פ"ב דמ"ש בשטר שלמעלה קאי על כל הנז' למטה שהוי"ו מערבת בפ' המגרש גבי ה' שכתבו איש פ' גרש פ' וכו' דהזמן הכתוב בראש הגט קאי על כל הה' דוי"ו מוסיף על ענין א' עיין שם באורך וה"נ מעכשיו שכתוב בתחלה קאי על הכל וכתב הטור בסימן רנ"ג בשם הרמ"ה דיחלוק פ' בנכסי' לא מהני בבריא עיין שם וגם לא מהני ל' מתנה לל' ירושה בבריא אפי' בא"ד אחד ושני שדות כמ"ש הרמ"ה בפרק מ"ש סימן קכ"ד עיין שם ואם כן בכ"ד שאמר יתחלק לב' חלקים חלק א' לאשתי וכולי כיון דמעכשיו קאמר דהוי מתנת בריא ל' מתנה באמר בבית ובמטלטלי' לא מהני ללשון יחלוק אבל נראה דהא ליתא דבמתנת שכיב מרע הוא שנתן לה השאר דומיא דחלק א' של היורשים וכן משמע מדחלק ואמר ושאר נכסי וכו' הוו עלי עדים וכו' :

י"ד (א"ה התחלת השאלה ותחלת התשו' לא מצאתי אותה וזה אשר מצאתי כתוב על שטר מתנה שלא כתו' בה כתבוה בשוקא וכו' האריך כת"ר בכל הפרטי' ואכתו' מה שנלע"ד) :

הנה מרן הב"י הביא לשון הרא"ש שכ' והאידנא דלא חיישי' לסתמא וכו' ופי' דה"ק האידנא כי נפיק שטר מתנה כתוב בו סתם בלא כתבו בברא וכו' וצ"ל דה"ק האידנא דלא חיישינן לסתמא כלומר אין אנו חוששין אם הנותן אמר סתמא כתבו ואין מצריכין אותו שיאמר כתבו בשוק וכו' משו' דנהיגי למכת' וכו' הילכך כשמלוה דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים ופי' זה נראה יותר שכך הם דברי התוס' שם וכו' עיין שם והדרישה הכריח לפ' גם דברי התוס' כפי' הא' ומחק מלת עתה מדברי התו' ע"ש ולע"ד נראה עיקר כפי' מר"ן דז"ל מהר"ם בתשו' דשייכי לס' קנין סי' ד' ושכתבת דזמנין דלא תתימי אלא תרי סהדי ויכתוב הסופר בקנין ובב"ד חשוב ולכל הפחות ליבעי ג' חשיבי העיר הא ל"ק ה"נ ברוב פעמי' גבי מתנות כתוב בהם וכך א"ל פ' מתנה זו כתבוה בשוקא וחתמוה בברא כי היכי דלא תהוי מתנה טמירתא אף ע"ג דלא א"ל הכי אלא י"ל כמ"ש התוס' בח"ה לפי שנוהגי' עכשיו לכתוב בשטר א"ל מתנה זו כתבו בשוקא וכו' עיין שם באורך הרי בהדיא דקאי הנותן סתמא ולא אמר כתבו בשוקא אבל הסופר כתב בשטר כתבו בשוקא וכו' והביא מ"ש התוס' לפי שנהגו עכשיו וכולי ובודאי גם הרא"ש בשיטת מהר"ם רבו אמרה וכן מצאתי לראב"ן בס' דף ק"ג רע"ד וז"ל כיון דהכי האידנא דכל מתנות סתם הם היכי כתבי' בהו וכן א"ל פ' כתבוה בשוקא וחתמוה בברא והוא לא אמר הכי אלא סתם אמר וכו' דאהכי סמכינן דכיון דסתם קנין לכתיבה עומד אדעת' דהכי מקני דליכתבו כתי' חכמים והרי הוא כמפרש כתבו לי כתי' חכמים כדאמרינן בעלמא כמו כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש הכא נמי מוקי לכתוב אדעתא דרבנן עכ"ל הרי דק"ל עמ"ש בשטרות כך א"ל פ' כתבו בשוקא וכו' והוא לא אמר אלא סתם ותי' כיון דסתם קנין לכתיבה עומד אדעתא דהכי הקנה שיכתבו כתי' חכמים ומשמע דוקא אם כתבו העדים כן בשטר ומהרימ"ט בסי' כ"ט נסתפק בקנו מידו ולא א"ל כתבו שטר אי הוי כלוה לכתו' שטר דאמרינן דעתו לכתוב כמנהג או לא והביאו הרב כנסת הגדולה אות כ"א עיין שם ומדברי ראב"ן נראה בהדיא דבקנין סגי משום דסתם קנין לכתיבה עומד והוי כאלו א"ל כתבו כתי' חכמים והרמ"ה בפרק חזקת הבתי' סי' קי"ב כתב דבקנין ולא א"ל כתבו שטר לא חיישי' למ"ט דאף על גב דקיימא לן דסתם קנין לכתיבה עומד לאו למימרא דהו"ל כמאן דאכוון לאקנויי ליה בשטר אלא דאי בעו סהדי כתבו שטר לקונה ולא צריך לאמלוכי ביה וכו' עיין שם אבל ראב"ן סבירא ליה דסתם קנין לכתיבה עומד וכאלו א"ל כתבו דמי ומה"ט בקנין נמי צ"ל גלו וכו' כמ"ש הטור דאפי' קנו מניה כיון דסתם קנין לכתיב' עומד כמאן דא"ל כתבו דמי ואי לא א"ל כתבו בשוקא וכו' כמאן דא"ל כתבו ולא כתבו בשוקא דלא מגבי' ביה עי' שם והכא נמי האידנא בקנין סגי מה"ט דסת' קנין לכ' עומד דהו"ל כאלו אמר כתבו בשוקא וכו' וכן ראיתי לה' פני משה סימן ס"ד הכריע כן מדברי הטור ע"ש ולע"ד מבואר כן בדברי ראב"ן כמ"ש מיהו מהר"ם בתשו' שם סיים וז"ל כדהתם סמכי' אסהדי שמעידים שהקנין היה בב"ד חשוב וכולי כיון דטופס השטרות כך הוא לכתוב בב"ד חשוב וכך נהגו כולם לכתוב והוא אמר לסהדי לכתוב שטר וכו' אבל היכא דסהדי כתבו השטר על ידי קנין שבפניהם אע"ג דלא א"ל כתבו לי שטרא וכותבים כך היה בבית דין חשוב והקנין לא היה בבית דין חשוב אם היה נודע לנו דבר זה על פי שני עדים שלא היה בבית דין חשוב ושלא צוה לעדים לכתוב שטר זה לא היו מוציאין ממנו ממון בזה השטר כתרי ותרי נינהו והיכא דליכא סהדי אחריני שאומרים שלא היה בבית דין חשוב או שלא צוה לכתוב אנו העדי' סמכי' שכתבו וחתמו והעידו שהקנין בב"ד חשוב ולא שלא כדין ויהא קולר תלוי בצוארם עכ"ל הרי אם לא צוה לכתוב השטר אלא שהם כתבו השטר על ידי קנין שבפניהם אם יש עדים שלא צוה לכתוב הו"ל תרי ותרי ואין מוציאין ממון ודוקא אם אין עדים בדבר סמכינן על ידי העדים שבשטר והכא נמי אפי' כתבו וא"ל כתביה בשוקא וכו' אם יש עדים שלא צוה לכתוב השטר אלא היה קנין לבד אין מוציאין ממון אבל אם אין עדים בדבר סמכין על השטר ומשמע דאפי' צוה לכתוב השטר דוקא אם העדים כתבו כך א"ל כתבו בשוקא וכולי סמכינן עלייהו וכן פסקו האחרונים מהר"ש גאלנטי סימן ס"ו ומהר"ש די בוטון סימן כ"ה ומהרימ"ט סימן כ"ד ומהריב"ע בתשו' מהרש"ח סי' ל"א וסי' מ' דאם לא כתבו כך א"ל כתבו בשוקא וכו' חיישי' דילמא גלי דעתיה דמתנתא טמירתא היא והרב כנסת הגדולה הגב"י אות י"ד שהביא דברי מהרח"ש וה' משפט צדק סבירא ליה דכמי שנכתב דמי ושכן הסכמתי בתשו' ע"ש הרואה בתשו' ה' בס' בעי חיי חלק שני סי' כ"ז ובתשו' בס' עדות ביעקב סימן ע"א דקל"ב הסכים שם כיון דפלוגתא דרבוותא היא אין להוציא מיורשי המוחזק וכן הסכים מהר"י קלעי בתשו' סי' ס"ג דף קע"ב עיין שם אבל יש להסתפק בכ"ד שכת' בשטר מעכשיו זכתה אשתי במתנה וכו' דמדברי הר"ן ור' ירוחם שהביא מרן הב"י משמע דוקא אם החזיקו בנכסים והן ברשותו לא חיישינן למתנת' טמירתא וכ"כ הרמב"ן בחי' וז"ל מדאמרי' דלא מגבי' ביה צ"ל לדקדק מ"ש רבינו הגדול שאם נתנו לו מתנה מעכשיו והחזיקו בה מעתה לא חיישינן בה מתנתא טמירת' שהרי ע"כ גלויה היא שברשותו היא וכו' עיין שם וכן לשון הרי"ף בתשו' סי' א' שהמתנ' כשהגיע ליד המקבל הרי היא מילתא דעבידא לאגלוי וכולי עיין שם משמע בהדיא דדוקא כשהיא ברשותו כשהגיעה בידו וכן מצאתי לרב האי בתשו' הגאונים חלק שני שער ג' סימן כ"ה שכ' וז"ל ועוד שדבריהם כשידוע שהיא מתנה טמירתא נאמר דלא מגבי' ביה אבל אם נתן הנותן למי

שנתן

שנתן לו מה שאמר עליו שהוא מתנה אין אנו מוציאין אותו מידו אף על פי שאמר לעדים איטמרו וכתבו ליה וכל שכן מה שאמרו בו מתנה סתם עכ"ל אבל הרשב"א בתשו' סימן תתקל"ח כת' דאי כתוב בשטר ילך ויחזיק מעכשיו אף ע"ג דלא כתוב בו חתמו בפרהסיא וכתבו בשוקא כבר שהרי זה פרסום והביאו מרן הב"י עיין שם ואפשר לומר דאם א"ל איטמרו בעי' החזיק' אבל בסתמ' אפילו לא החזיקו מנום אלא שאמר ילך ויחזיק מעכשיו הוי פרסום והרשב"א איירי בסתמא וכן משמע בתשובו' הרשב"א חלק שני סי' שנ"ג וז"ל שאלתם על שטר מתנה שאין כתוב בו כתבו בשוקא אם היא מתנה או לא תשו' ראיתי נוסח שטר המתנה וכתוב בה מעכשיו ילך ויחזיק וכולי ואם כן הרי נתן ורצה לפרסם אחר שאמר שילך עכשיו ויחזיק ומ"ש דאפי' סתמא הוי מתנה טמירתא ה"מ באומר בדה מתנה לך או באומר לעדי' כתבו וחתמו לי שאני נותן לו שדי או נכסי שכל בלא אמר וכתבו בשוק' הרי לא רצה לגלות מתנתו אבל זה שאמר מעכשיו שילך ויחזיק אין לך גילוי יותר מזה וכולי עכ"ל הרי בהדיא דמיירי באומר כתבו סתם דאף על גב דחייש' לסתמא זה שאמר ילך ויחזיק מעכשיו אין לך גילוי יותר מזה אבל באומר איטמרו וכתבו לו לא אפילו אמר ילך ויחזיק מעכשיו לא חשיב גילוי וכה"ג חי' הרמ"ה בפרק חזקת הבתים סימן ק"ב גבי קנין עיין שם באורך והרדב"ז ח"ב סימן תק"מ כתב דאפילו החזיקו לא מהני דדוקא בסתמא אם גלה דעתו כגון שהחזיקו או שהחזיק בפניו ולא מיחה בו אמרינן לאו טמירתא היא אבל אם אמר איטמרו אפילו החזיקו אינו כלום עיין שם ודבריו תמוהי' שהרי הרמב"ן והר"ן דקדק' כן מדאמרי' האי מתנת' טמירת' לא מגבי' בה ומדתני' לא מגבי' בה ולא אמרינן לאו כלום היא משמע דאכן הוא דלא מגבי' אבל אם החזיקו הוא קנה ואמרינן עלה ה"ד מתנתא טמירתא אר"י דא"ל לסהדי זילו איטמרו וכו' אלמא אפי' א"ל זילו איטמרו אכן הוא דלא מגבינן אבל אם החזיקו קנה ול"ל דלאיכא דאמרי דלא א"ל כתבוה בשוקא וכולי דוקא בסתמא דר"י לא מגבי' בה ואם החזיקו הוא קנה אבל אם אמר איטמרו אפילו החזיקו אינו כלום דא"כ מאי קאמר איכא בינייהו סתמא אם כן איכא בינייהו נמי א"ל איטמרו והחזיקו דלל"ק קנה ולל"ב לא קנה כמבואר בדברי רב האי בתשו' שכתבתי וכן בתשו' הרי"ף סי' ח' עיין שם מיהו מלשון בעל העיטור דף ל"ג ע"ד שכתב דבמתנה מעכשיו קמה ברשותיה ומפרסמת מילתא ולא חיישינן לסתמא וכו' משמע דוקא לסתמא לא חיישינן אבל אם א"ל איטמרו לא מהני וכן מבואר בדברי הרמ"ה בפ' ח"ה סי' ק"ב עכ"ב :

ומ"ש אע"ג דאם כתוב בשטר מעכשיו ילך ויחזיק וכו' לא חיישי' לסתמא כמ"ש הרשב"א בתשו' ומדברי מרן הב"י משמע דהרמב"ן והר"ן לא פליגי עליו שכתב אחר דברי ה' וכבר כתבתי בזה לעיל וכולי ולעיל הביא תשו' הרשב"א עיין שם אפשר דה"ד במתנה דחלה מעכשיו ובידו להחזיק בה אבל בנ"ד לא חלה המתנה עד לאחר מיתה וכל זמן שהוא בחיים יכול הוא למכור הכל ולא נתן לה אלא מה שישאר לאחר מותו :

ומ"ש ומעכשיו זכתה אשתי במתנה וכולי נראה שהיא במתנה דמעכשיו אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה כמה שכתב הרשב"א בתשובות חלק שלישי סימן ק"ד בנדון כזה עיין שם באורך וכיון דאין המקבל יכול להחזיק בנכסים מעכשיו חיישינן לה ומצאתי להרשב"ש בתשובה סימן ק"ד שכתב במתנת מטלטלין לאחר מיתה וז"ל ואפילו לסברת הרי"ף ז"ל שכתב משמו שכל שהמתנה היא מיד אין צריך בה שתהיה גלויה במתנה זו ואם כ' בה מעכשיו הינה אלא מעכשיו ולאחר מיתת האם ולא קנה שום גוף עדיין שאינו קרקע שנתן לו שנאמר גופא מהשתא ופירא לאחר מיתה כדאיתא בפ"ק דמציעא עכ"ל הרי דס"ל דאפילו במתנה דמהיו' ולאחר מיתה אם היא קרקע' אין צריך לומר כתבו בשוקא וכולי כיון שקנה הגוף מהיום אבל במטלטלין לא שייך לומר גופא מהיום ופירא לאחר מיתה והוא הפך דברי הגי' בפ' י"נ ופסקו מור"ם בסי' רנ"ז עיין שם אבל במתנה לאחר מיתה כה"ג דבידו למכור הכל ולא יוכל המקבל להחזיק בה מעכשיו חיישי' לה :

אמנם נלע"ד בנ"ד שכתב בשטר שא"ל כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וקנינו מידו וכו' כאומר וכחוזק מתנות דשטרי דנהיגי בישראל ותי' חכמים דמ"ש של זכות וכולי לא מהני כבר כ' מהרש"ח סי' י"ג דנהי דכתבו בכל לשון לא מהני כמ"ש הרמב"ן אע"ג דכתבו בכל לשון של זכות לא מהני וכן כתב הרשב"ש סי' קי"ד והרדב"ז סימן תק"מ עיין שם מ"מ כשכתוב כתי' חכמי' מהני כמ"ש מהרש"ח סימן י"ג וכ"כ המרדכי בפ' מ"ש בשם ר' ברוך גבי פירות דקל דתי' חכמים מהני כאלו אמר דקל לפירות ופסקו מור"ם בסימן רי"ב עיין שם וכן להריטב"א בחי' לכתובות פ' אע"פ של' גבי מקדי' מעשה ידי אשתו וז"ל אבל אי טעמא דר"מ משו' דנעשה כאומר יקדשו ידי לעושיהם אפשר דהילכתא כוותיה ואע"ג דלא קי"ל כוותיה במעריך פחות מבן חדש התם הוא שאתה מבטה לשונו מערך לדמים אבל כי אמר שהוא מקדים מעשה ידי אשתו י"ל דה"ק שהוא מקדים אותן כדין חכמי' וכדין תורה דהוי כאילו אמר בפי' יקדשו ידי לעושיהו ואלו המוכר פירות דקל לחבירו שיזכה כתי' חכמי' הוי כאלו אמר גוף לפירות עכ"ל הרי שכתב דמוכר פירות דקל לחבירו כתי' חכמים הוי כאומר גוף לפירות וקנה ומקדים מעשה ידי אשתו נמי למסקנא דטעמא דר"מ משום דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא קיימא לן כוותיה ולא חל ההקדש אלא אם כן הקדיש כדין חכמי' ודין תורה ול"ל דהיינו דוקא בלשון הנותן שא"ל כתבו כתי' חכמים אבל בלשון העדים עשו הדבר בתקנת חכמי' לא מהני דכבר דחה זה הרב פני משה חלק ראשון סימן ס"ו דמסתברא דטפי עדיף כח העדים שמדברים בעדם ממ"ש בשם הנותן עיין שם וכן מוכח בהדיא בתשובות מהרש"ח סימן י"ג עיין שם ואם כן ר' ברוך והריטב"א ס"ל דכתי' חכמים מהני בין בלשון העדים בין בלשון הנותן וכן תפסו הרדב"ז ח"א סי' רנ"ב וח"ב סי' קע"ז והמבי"ט ח"א סימן שפ"ט דברי ר' ברוך ע"ש ומהרשד"ם סימן רע"ה שכתב דלא קי"ל כר' ברוך ע"ש אלו ראה הריטב"א אפשר שהיה פוסק כר' ברוך והריטב"א מיהו אפשר דה"ד בפירות דקל דאינו אלא תיקון מלה בעלמא וכה"ג כ' התוספות בפ' המדיר בד"ה אלא וכו' וז"ל לא הומ"ל דמתני' דהכא ר"מ וכולי דודאי משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה יש לנו לתקן דיבורו כמו התם דמקדיש מעשה ידי אשתו דאמרי' דבעי למימר יקדשו ידי לעושיהם דאינו אלא תקון מלה בעלמא אבל להוסיף על הדבור נ.ה שלא אמר כלל אין להוסיף וכו' עיין שם ועיין בהר"ן בנדרי' די"ו ע"ב וה"נ א"ל לדידן דלא מהני כתי' חכמי' אלא לתקן הדבור ולא להוסיף על הדבור ולא מהני בקנין שטרות כאלו אמר אגב קרקע וקני לך וכולי מיהו א"ל דמהני בקנין שטרות לשון כתי' חכמים כאלו אמר קני לך וכו' שהרי כתב מרן הב"י סי' רנ"ג גבי שכ"מ שנתן

שט"ח

שט"ח וכו' וז"ל וכתב הר"ן אהא דאמר ר"ג שכ"מ שאמר ידור פ' בבית זה וכולי ומהא במעי' דלא מתקני' ליסנא דשכ"מ אלא דייני' ליה כבריא וכו' הילכך שכ"מ שאמר תנו שט"ח לפ' לא קנה עד שיאמר הוא וכל שעבודא דאית ביה וכו' אבל ראיתי להרמב"ם בפ"י מה' זכייה שכ' וכן אם אמר תנו שטר לפ' זכה במה שיש בשטר וכולי ואפשר לקיים דבריו דכל שכ"מ שהתחיל הדבר כדרך שיש לו להתחיל אע"פ שלא גמרו אנו גומרין את דבריו וכדאמרינן בשכ"מ שאמר כתבו גט לאשתי כתבו ותנו קאמר בכך דרכו של שכ"מ מתחיל בדבר ונשמע בדרך קצרה וכו' אבל שכ"מ שאמר ידור פ' בבית זה אין זה תלות לדבריו כלל לא בכלו ולא במקצת ואין לנו לפרש לשון אחר לגמרי כדי שתתקיים כוונתו וכולי והנ"מ שם כ' וז"ל אבל השטר כשאנו אומרים שבמלת תנו שטר זה נכלל שעבוד השטר וזכותו אין זה מתנה אחרת ואדרבא השטר הוא עיקר הראייה שבו משא"כ דירת הבית שהבי' הוא עיקר וכולי עכ"ד ואם כן אם כפירות דקל מהני כתי' חכמים להוסיף מתנה אחרת בכלל דבריו כאלו אמר דקל לפירות וכ"ש דמהני כאלו אמר קני לך הוא וכל שעבודא דשעבו' השטר וזכותו נכלל במלת תנו שטר זה דעיקר השטר הוא הראייה שבו אבל אם אין כתוב בשטר קנין אגב קרקע לא מהני כתי' חכמי' שהוא עיקר ההקנאה הוא ולדברי הר"ן אפשר דמהני כתי' חכמים כאלו אמר אגב קרקע דכיון שהתחיל בדבר אנו גומרים את דבריו כאלו אמר אגב קרקע הוא וכל שעבודיה דהא בפירות דקל מהני לפ' לשון אחר לגמרי בכוונתו וכ"ש לגמור את דבריו וגם הרשב"א שם שכתב דשכ"מ שאמר תנו שט"ח לפ' לא קנה דאין לנו להוסיף על דבריו כמו בפירו' דקל דלא מתקנים דבריו עיין שם משמע דאין חילוק בין קנין שטרות לפירות דקל ואם כן בתי' חכמי' ה"נ דמהני כתי' חכמים בקנין פירות לתקן דבריו כאלו אמר דקל לפירו' מהני נמי בקנין שטרות כאלו אמר קני לך וכל שעבודיה וכ"כ מהרי"ל בתשו' סי' ע"ט וז"ל ועל מ"ש דרחל אמרה דנקני באגב וכולי דאפילו למ"ד דשטרות נקנות אג"ק צ"ל בפה קני לך איהו וכל שעבודו והכא לא חזי' בהאי שטרא מיהו נראה דאין לחוש כיון שנכתב בכל לשון של זכות וכחומר כל שטרי מתנות כדפי' ר' ברוך וכולי והביאו הכנה"ג בקילור סימן ס"ו אות כ"א ע"ש וכ"כ בתשובות בס' בעי חיי סי' קס"ד דף קל"ז בשם מהרע"י בתשו' כ"י דאע"ג דלא כתב קני לך וכל שעבודי' קנה והסכים עמו מהרח"ש ע"ש וכ"כ מהר"י עייאש בתשו' ח"ב סימן כ"ג ע"ש ונראה דמהרי"ל ומהרע"י לא אמרו אלא כשיש בשטר קנין אגב קרקע רק שמחסר קני לך הוא וכל שעבודו ולכך מהני בכל לשון זכות וכולי משום דשעבוד השטר וזכותו בכלל דעיקר השטר הראייה שבו אבל כשאין כתוב קנין אגב אפשר דמודו דלא מהני כתי' חכמים לאגב שהוא עיקר ההקנאה :

וישוב ראיתי למהרע"י בתשובות בס' תורת חיים ח"ב סימן כ"א שכתב וז"ל ועוד נלע"ד דאפי' לר' ברוך לא אמר אלא דוקא בההוא נדון דאין אנו מוסיפין לקונה קנין אחר מחדש אלא קנין הקרקע שממנו הפירו' אמרינן דהכי הקנה הקרקע לפירותיו אבל בנ"ד דהקנה מעות בקנין דלא קנה אמאי אמרינן דמשום דכתוב כתי' חז"ל היינו דהקנה לו הקרקע דקרקע מאן דכר שמיה וכו' ע"ש הרי דס"ל דלא מהני כתי' חכמים ז"ל להוסיף קנין חדש כגון אגב קרקע אבל אפשר דהוי כאילו קני לך הוא וכל שעבודו דאינו קנין חדש דשעבוד בכלל השטר

כמ"ש מהרא"נ"ח חלק ראשון סימן ע"ז בשטר שכתוב בו מתנה גמורה אגב קרקע והכל כהוגן וכתי' חכמי' ככל מתנות הנהוגות בישראל וכולי כתב וז"ל ואפי' אם היה לשרה זו שטר על המלוה שביד אחרים שנמלא שטר זה בכלל המתנה וכו' לא מהני' מידי שלא הקנה לו כדרך קנין שטרות בכתיבה שא"ל קני לך איהו וכל שעבודיה ואם אמרו שהשטרות נקנות אגב קרקע וכו' אבל מ"מ מה שצריך עוד שיכתוב לו קני לך איהו וכל שעבודיה קנין אגב איכו מוליאו וכו' ע"ש הרי משמע בהדיא דאפי' יש בשטר קנין אגב והכל כהוגן ותיקון חז"ל לא מהני ונראה דס"ל דלא קי"ל כר' ברוך או דר' ברוך נמי לא אמר אלא כשאין בשטר דבר אחר אבל כשיש דבר אחר א"ל דלשון כתי' חכמים לא קאי להא וכמ"ש מהרשד"ם סימן רע"א ע"ש וכן כתב ה' פני משה סימן ס"ו ע"ש אבל אנן דלא נהוגים לומר קי"ל נראה דנקיטי' כר' ברוך והריטב"א ושאר אחרונים דמהני כתי' חכמים בין בקנין פירות ובין קנין שטרות באגב כמ"ד קני לך וכו' וא"כ נראה דה"נ מהני כתי' חכמים כאלו אמר כתבו בשוק' וכו' ואפי' למ"ד דלא קי"ל כר' ברוך אפשר דה"ד בקנין פירות דקל דלא מתקנים דבריו וכן בקנין שטרות לא דחסר ההקנאה קנה לך וכו' אבל כתבו בשוקא וכו' לאו חסרון ההקנאה הוא אלא לברר שדעתו להקנות דהא אם נתברר ע"פ עדים אחרי' או עדי השטר שלוה להם לכתוב שטר סתם ולא גילה דמתנת' טמירתא היא אפילו לא כתבו העדים כתבו בשוקא וכו' לכ"ע אמרינן דט"ס הוא וכה"ג כ' הרמ"ה בפ' ח"ה סימן ק"ב וז"ל דמ"ט דלא קני לאו משום דמתסרא חד מאנפי ההקנאות הוא אלא מספיקא הוא דלא קניא וכו' דאי מתברר מפומא דסהדי דשטרא גופיה א"נ מפומא דסהדי אחריני וכו' עיין שם וה"נ האידנא דחיישי' ה"ט מדלא כתבו בשטר כמנהג כתבו בשוקא מוכח' מילתא דמתנת' טמירתא היא וכשנתברר שא"ל כתבו סתם אם כן דעתו להקנות וכמ"ד כתבו כתי' חכמים וכן כתב ה' פני משה סימן ס"ד עיין שם וא"כ בנ"ד שהעידו העדים שקנו מידו כחוזק מתנות דנהיגי בישראל ותי' חכמים נראה דאפי' למ"ד דלא מהני כתי' חכמים אלא לתקן הדבור ולא להשלים החסרון ההקנאה מודה הכא דלאו חסרון הקנאה הוא אלא לברר דעתו וכ"ש האידנא דאין צריך אלא לברר שאמר סתם ולא גילה דעתו שהיא מתנה טמירתא וכיון שהעדים העידו שקנו מידו כחוזק מתנות דנהיגי בישראל ותי' חכמים אין לך בירור גדול מזה שהיא מתנה כשאר מתנות ותי' חכמים דאם גלה דעתו ביהא מתנה טמירתא לא הוו מעידים שקר לסופרא דשטרא כמבואר בתשובות מהר"ם דאם לא נתברר ע"פ עדים אחרים שלא צוה לכתוב השטר סומכי' על עדי השטר שקנו מידו בב"ד חשוב ולא אמרינן שכן כתבו מדעתם כנוסח שאר שטרות ואפילו אמרו הם כן אינן נאמנים וכה"ג כתב מהרש"א בס' משחא דרבותא דקע"ה ע"ג על שטר מתנה שאין בו וא"ל כתבו בשוקא וכו' אלא שכתבו העדים מתנה זה גלויה ומפורסמת דלא אמרינן שכ"כ מדעתם כנוסח שאר שטרות דאין כותבים הפך מה שאמר להם עכ"ד :

ועוד נלע"ד שהרי כת' הרמב"ם בפ"ד מהלכות זכייה והסמ"ג עשין פ"ב הטעם שזה מערים כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן עיין שם במ"מ ואם כן זה שאמר שכל זמן שהוא בחיים הכל הוא שלו ולא תזכה אלא במה שישאר אחר מותו ויכול הוא למכו' כל נכסים לא שייך קנוניא והערמה דאם ימכור לאחרים אין

אין לה כלום ומהאי טעמא כ' הרמ"ה בפרק ח"ה סי' קי"ב דמתנת שכיב מרע לא חיישינן בה וז"ל ועוד דכי חיישי' למגו ה"מ במתנ' בריא דקמייתא ובתרייתא קנייה' זכייה הילכך חיישי' דילמא דעתיה לזבוני נכסים ולקנוניא הוא דקא מכוון אבל במתנתא שכ"מ דקמייתא ובתרייתא בתרייתא זכייה ליכא למימר דלקנוניא איכוון דא"כ מכוון להכי ע"כ בתרייתא זכייה וכו' עיין שם והתימא על מרן הב"י ושכ"מ פ"ט מה' זכייה שכ' נר' הטעם משום דטעמא דמתנת' טמירת' מפני שאינו נותן דעתו אלא להחניף לאיש ההוא אבל במלוה מחמת מיתה ליכא למיחש להכי דהא נויית וכולי דהרי הרמב"ם כתב טעמא דמתנתא טמירתא לפי שזה מערים לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שנתן ואם כן מהאי טעמא במלוה מחמת מיתה או במתנ' שכי' מרע לא חיישינן להכי דאם ימכור בטלה מתנתו וכמ"ש הרמ"ה והכא נמי בנדון דידן דכל זמן שהוא חי יכול למכו' ולא נתן אלא הנכסים שישארו לאחר מותו לא שייך הך חששא שיאבד ממון אחרים דאם ימכור זכה הלוקח וגם טעמא שאינו נותן מדעתו אלא להחניף יש לצדד דלא שייך שהרי גלה דעתו דאם ירצה ימכור הכל :

ומ"ש כת"ר מדאמר בדלא למימר אפטרופוס עשיתיה וכו' מורה דלמתנה גמורה נתכוון והרב כנה"ג סימן רמ"ו כתב דאם כתוב בשטר המתנה כתבו בברא וכו' לא חיישי' שעשאה אפטרופוס והכא נמי דכוותה ע"כ לע"ד אי מדמי' ליה בלאו הכי הא קיימא לן בסי' רמ"ו דאי פירש בשטר שמקנה לו הקנאה גמורה ולאפטרופוס או שפירש בשטר שיהא רשאי למכור ולתת לאחרים או שכ' מטלטלין אגב קרקע וכל לשון שמוכח דלמתנה גמורה נתכוון קנה עיין שם והכא נמי באמר שיהא מתנה גמור' תמכור ותמשכן ותתן ותעשה כחפצה ורצונה ואין מוחה בידה וכו' למתנה גמורה נתכוון וכן ראיתי להרב מנחת דרבותא דף קע"ד ע"ג שכ' בשטר שמוכח מתוכו מתנה גמורה היא לא חיישינן דעיקר המתנתא טמירתא משום דנראה דלהחניף הוא עושה כן לפנים כמ"ש מרן הב"י בשם הרא"ש אבל הכא מוכח בהדיא דבנפש חפצה הוא נותן עיין שם ותמהני שלא ראה הרמב"ם בפרק ה' מה' זכייה והסמ"ג עשין פ"ב שכת' הטעם שזה מערים כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן עיי"ש וכן כ' הרמ"ה בפ' ח"ה סימן ר"ן טעם זה ואם כן אפילו אמר כל חוזק דמוכחי דלמתנה גמורה נתכוון חיישי' למתנ' טמירתא דאדרבא מערים הוא בכך לקני המתנה בכל יפוי כח מהאי טעמא כדי לאבד ממון אחרים שימכור אחר שנתן אבל לדעת הראב"ד והרא"ש דסבירא להו שאינו נותנה בלב שלם א"ל כל שמוכח דלמתנה גמורה נתכוון קנה ואף על גב דהתם אם הקנה לו בקנין קנה והכא לא מהני קנין מכל מקום אפשר ליה דמרמה להו דנואז הוכחה ועוד שהרי כ' הרמ"ה בפרק ח"ה סימן ר"ן וז"ל ואיכא לפרושי טעמא דמתנתא טמירתא דלא מגבי' בה משום דלא גמר ומקנה ודעתיה למיהדר ביה והאי דכת' ליה משום דהוה דחיק ליה למיכתב ליה מתנה הוא דכ' ליה לדחויה ולהכי כתבה טמירתא משום דדעתיה למיהד' ביה וא"ה לא ניחא ליה דתתפרסם מתנתיה כי היכי דלכי הדר ביה לא ליקרויה אינשי הדרייאנא א"נ דלא ליתזול נכסי מהשתא וכולי עכ"ל אם כן בנדון דידן שכל זמן שהוא בחיים הכל שלו לא שייכי הני טעמי דהרי בידו למכור הכל ולמתנה גמורה נתכוון מה שישאר בנכסים לאחר מותו ואם כן לכל הטעמים נראה דלא חיישינן הכא למתנה טמירתא כן נראה לעניות דעתי :

אבל על כל פנים נראה דצריכה האשה להביא ראיה שאלו הם הנכסים שהיו בשעת המתנה כמבואר בסי' ס"ו והא דקיימא לן בסוף סימן ר"ן דהנותן מטלט' לאחר מנכסיו ולאחר מיתה והאחר במת טוענים היורשים שמא לאחר מכאן לקחם אין בדבריהם כלום דמכתמ' כאן נמצאו וכאן היו כבר כ' הסמ"ע דהתם משום דהיורשים טוענים שמא אבל הכא דהנתבע טוען ברי שלא היו בשעת המתנה על המוציא להביא ראייה וכן הסכים ה' כנס' הגדולה בתשו' סימן קס"ד דף קל"ה ע"ב ונראה דאם התובע גם כן טוען שמא טוענים ליורשים דשמא ושמא הוי כברי וברי וכן כ' הרב פני משה ז"ב סימן ס' וסימן ע"ח והסכים עמו הרב עדות ביעקב סי' ס"ז עיין שם ואם כן טוענים ליורשים נגד יורשי האשה שמא אלו אחרים הם שלקח אחר מכאן וכל שכן בכ"ד שבידו למכור הכל דאמרינן שאת הנכסים שנתן לה ואלו לקחם אחר כך דהא קיימא לן דטוענים ליורשים נגד יורשים אחרים כמבואר בסימן ק"ת ע"ש :

סימן רמ"ג

א' דין ו' יכול הנותן לחזור בו בשטר וכו' וג"מ דאם מתו העדים עד שלא החזיק ג' שנים יכול לטעון לא נתתי אלא על מנת שתכתבו את השט' תנאי גמור שלא יקנה אלא בשטר ויכול למחות בשטר ולא קנה את השדה ראב"ן דף ק"ה ע"ד עיין שם ולכאורה הוא הפך תשו' הרשב"א חלק ב' סי' רכ"ט הביאו מרן הב"י סעי' כ"ט שכ' על ראובן שהוציא שטר על שמעון שמכר לו כרם אחד והלה טוען שלא מכרו לו אלא על תנאי וכו' דכיון דהלוקח זה ירד כדין לכרם זו שהמוכר החזיקו אלא שזה טוען שיש לו להסתלק מחמת תנאי העמד כרם בחזקת זה שהוא מוחזק בו עכשיו עיין שם מיהו הרשב"א בתשו' אחרת סימן רמ"ו כתב דאם היה תנאי על מנת שתתן לך כך הלוקח צריך להביא ראייה שנתקיים התנאי שהרי אין הקרקע קנוי לו אלא בקיום התנאי ועליו הראייה עיין שם וכבר כתבתי בסימן ק"מ דלדעת מהרשד"ם ומהרא"ח והרב מנחה למלך דבתשו' הכרם היינו משום דהספק בעיקר התנאי אבל אם נפל הס' בקיום התנאי כיון דשניהם מודים בעיקר התנאי ובקיומו הוא דנחלקו יד המקבל על התחתונה ניחא דבסימן רמ"ו הלוק' צריך להביא ראייה שנתקיים התנאי כיון דמודה בעיקר התנאי ואם כן הכא נמי אפילו מתו העדים עד שלא החזיק ג' שנים והלה טוען לא נתתי אלא ע"מ שיכתבו לו שטר תנאי גמור שיכול לחזור אפילו בשדה אינו נאמן להוציא מיד המוחז' בו עכשיו וטוען שלא היה תנאי אבל לחי' אחר שכתבתי שם דבתשו' הכרם המכר היה קיים עד שעה שהמוכר יחזור הדמי' ללוקח א"כ המוכר בא להוציא מהלוקח עליו הראייה אבל בסימן רמ"ו לא נתקיים ביד הלוקח אפי' רגע א' וז"ש שהרי אין קרקע קנוי לו אלא בקיום התנאי עיין שם נר' דאפי' נחלקו בעיקר התנאי כנ"ד שהנותן אומר לא נתתי אלא על מנת שיכתבו לו השטר והמקבל אומר לא היה תנאי על המקבל להביא ראייה וגבי פלוגתא אי אמרינן בקנין חזקה או חליפין במקום שכותבין את השטר דלא קנה עד שיכתוב השטר או לא כתב הרב עדות ביעקב סימן ס"ג דזכה הלוקח דכיון דלכ"ע הוי מכירה אלא דלמר הוא על תנאי שיכתו' השטר ולמר אינו על תנאי מספק מוקמי' הקרקע ביד הלוקח אבל הרב פרח מטה אהרן סימן ק"ו חלק עליו

דהתם

דהתם במכירת הכרם כדין החזיקו המוכר ונתקיי' המכ' זה עד שעה שהמוכר יחזיר ויתן הדמים ללוקח :

ב' יכול הנותן לחזור בשדה וכולי ר"ת כתב דוקא בשטר מתנה יכול לחזור בו אבל בשטר מכר כותבין לו בע"כ וקשה לדבריו מה מזיקו כתיבת השטר ושמא ר"ל בשטר מתנה שיש בו אחריות הרשב"ם בספ' תקון סופרים שער י"א עיין שם ולא ראה מ"ש התוס' בבתרא דע"ז בד"ה חוזר וכולי וז"ל ור"ת מפ' דבשטר מתנה דוקא מיירי דלא ניחא דליפוש שטרי עילויה דהעולם לא ידעו שהוא שטר מתנה אלא יסברו שהוא שט"ח או שטר מכר ושעבוד קרקעותיו ולא יקנו ברצון ממנו לפי שיראים שיטרפו מהם אבל בשטר מכר אין יכול לחזור בו דמסתמא אדעתא דכתב ליה שטרא זבין ליה עכ"ל הרי שכתב דה"ט דהעולם יסברו שהוא שט"ח או מכר ושעבוד קרקעות והרשב"ם כ' אחר כך דר"ת בכל מתנ' משמע עיין שם ונראה דמתנה באחריות לדעת ר"ת אינו יכול לחזור דכיון דשעבד נכסיו מסתמא אדעתא דכתבי ליה שטרא כמו במכר דהא טעמא דיכול לחזור לפי שיסברו העולם שהוא מכר ושעבוד קרקעות ולא יקנו ברצון ממנו שיראים שיטרפו מהם וה"ד במתנה שלא באחריות אבל במתנה באחריות ששעבד נכסיו וכדין טורפי' מהם אינו יכול לחזור כמו במכר וע"ש בהרא"ש :

ג' יכול הנותן לחזור בו בשטר וכולי הטור כ' אע"פ שהקנה לו שדה ע"י קנין אע"ג דקי"ל דסתם קנין לכתיבה עומד ה"ד כל זמן שימחה בעדים וכולי הסמ"ע וכן פירש"י בפ"ק דקידושין זכו בשדה זו והחזיקו לצרכו וכולי ולכאורה נראה דס"ל דע"י קנין סודר אינו יכול לחזור בשטר משום דסתם קנין לכתיבה עומד וכ"כ הלא"מ ע"ש מיהו רש"י בר"פ אע"פ גבי אמר לעדים כתבו והבו ליה קנו מיניה לא צריך לאמלוכי ביה פירש"י אם עדיין עומד בדיבורו שיכתבו לו דכיון דקנו ממנו סתם קנין לכתיבה עומד עיין שם משמע דאם חזר בו אין כותבין לו ואפשר דס"ל דבקנין לא קנה עד שיכתוב שטר ואם כן כל שלא נכתב השטר אפי' המוכר יכול לחזור בשדה כדמוכח בפ"ק דקידושין דדוקא אי פריש אי בעינא וכולי אין המוכר יכול לחזור מפני התנאי אבל בלא תנאי שניהם יכולים לחזור ע"ש ואם כן חוזר גם בשדה אלא ע"כ מיירי בחזקה דאפילו במקום שטר קנה בחזקה בלא כתיבת שטר אבל בפ' אע"פ מיירי במתנה אע"ג דבק"ס לא קנה עד שיכתבו שטר ה"ד במכר אבל במתנה קנה מיד כמ"ש הריטב"א בחי' שם ומהר"ם בתשו' הארוכות סימן תתק"ז עיין שם אם כן אינו חוזר בשדה אלא בשטר יכול לחזור אלא דאם עדיין עומד בדבורו שיכתבו לו כיון דקנו מניה סתם קנין לכתיבה עומד :

ד' דין ז' א"ל זכו לו בשדה ע"מ וכו' שמעי' מהכא דהנותן ע"מ ואותו תנאי הוא להנאת המקבל אם לא נתקיים נתבטל' המתנה ואין המקבל יכול למחול אותו תנאי דהא כתיבת השטר הנאת מקבל הוא ואפ"ה חוזר בו הנותן במתנתו כשלא נתקיים התנאי הריטב"א בחי' לקידושין עיין שם וזה כדעת הרא"ש והטור והא דקי"ל בסימן רכ"ג סי"ב דשכ"מ שאמר תנו מאתים זוז לפ' וישא בתי הרי זה כמי שנתן לו שני מתנות כל איזה מהם שירצה יקח וכו' התם משום דלא אמר בלשון תנאי אפי' אמר ישא בתי אם יקח מאתים זוז דהתנאי ודאי לטובת המקבל אם לא קיים התנאי לא ישא הבת :

ה' ואפי' כתבו לו השטר וכו' בטלה המתנה אבל הרמ"ה בפ' הספינה סי' כ"ט וסי' ל' כ' דאם כתבו לו השטר ולא הגיע ליד הקונה חוזר בשטר ואפי' א"ל זכו בשטר בההיא שעתא ליתיה שטר בעלמא ואין אדם מקנה לחבירו דשלב"ל ואינו חוזר בשדה דלא תלה זכיית השדה אלא בכתיבת השטר והו"ל כתיבת השטר תנאי לזכיית השדה וכיון שנכתב השטר אע"ג דלא מסרו לקונה נתקיים התנאי ע"ש ועמ"ש בסימן ק"ן ס"ז :

ו' דין י"ד הג"ה או נבעלה אלא במקום דזכייה לנפשיה וכו' שט' מתנ' עמד בפנינו הר"ף וכך א"ל הוו עלי עדים וקנו ממני בקש"ס בדל"ב וכתבו וחתמו ותנו ביד אשתי פ' להיות בידה לראייה ולזכות וכו' אני מודה בפניכם הו"ג וכו' שהקניתי לה דא"ק ואגבן ואגב ק"ס ייחדתי לה חצי החצר הידועה לי לגבות מגנה כתובתה כמש"ו אחרי העדרה מ"ה ואם היא שוה יותר מסך כתובתה הרי הוא נותן לה במ"ג שרירא וכו' מהיום ולאח"מ וגם אני מודה בפניכם הודאה גמורה שחצי החצר הנשאר הרי הוא נתון במתנה מהיום ולאח"מ לבני הנולדים לי מאשתי הנז' והרי אני מזכה להם על ידה המתנה הנז' וכולי כל מה שקניתי ושעתיד אני לקנות מטלטלי' אגב מקרקעי הרי הם במתנה גמורה מהיום ולאח"מ לבני הנ"ז ומעתה תלך האשה פ' ותזכה במתנ' לה ולבניה זכייה גמורה מהיום ולאח"מ וכך א"ל הר"א האי שטר מתנתא כתבוה בברא וכו' וקנינו מיד הר"ף בקש"ס בדל"ב עכמ"ד ומפ"ל דלא וכו' וכתי' חז"ל והיה זה בערב לא' ניסן ש' התקנ"ו לפ"ק והכל קיים ע"כ :

נראה דאב המזכה לבניו הקטנים על ידי אחר קנה כמ"ש מהרש"ך ח"ב סי' רי"א מדאמ' אקנייה לבנו קטן וכן פסק הכנה"ג בסימן זה אות כ"ז הלכה למעשה וכן דעת מהר"ס אלשיך סי' כ"ח ע"ש גם מהר"ש ן' חסון בס' בית שמואל סימן ל"ה הביא עוד ראייה מפ' י"נ הכותב נכסיו לבנו אפי' הוא קטן המוטל בעריסה לא עשאו אלא אפטרופ' בעי רבא בבריא היאך וכולי וא"א איך אפשר לזכות הבן במתנה הרי הכל לאביו אלא ודאי אם זיכה לו על ידי אחר מהני עיין שם ואף שי"ל דה"ד דזיכה לו על ידי אחר ע"מ שאין לו רשות מ"מ כמ"ש בסי' קי"א עיין שם מ"מ דעת האחרונים דאפילו אב המזכה לבניו קטנים סמוכים על שלחנו על ידי אחר קנו וכן כתב מהרא"ד"ב בתשובות סימן קי"ז וז"ל ומ"ש השואל אם יכול ליתן נכסיו במתנה לבניו הקטנים פשיט' ופשיט' דיכול וכו' ואם קנו מידו העדים על כך העדים הרי הם זוכים לקטן וכו' עיין שם הרי שכתב בפשוט דאב מזכה לבניו והעדים שקנו מידו הם זוכים לקטן :

אבל זה לכאורה דמה שנתן לאשתו חצר הידוע' אגב ד' אמו' קרקע ואגב קנין סודר וכו' אינו כלום דקיימא לן דאין נקנה אגב קרקע ואם כן גם מה שנתן לבניו כיון שזיכה להם על ידי אשתו אינו כלום דאין הבע' יכול לזכות לאחרים ע"י אשתו אלא במקום דזכי' לנפשה דמגו דזכי' לעצמה זכינן לאחרים כמבואר בסימן רמ"ג סי"ד עיין שם והרשב"א בתשו' ח"ב סימן ש"א כ' וז"ל ומה שטען שאין המתנה מתנה מפני שלא נקנה אלא באגב ואין קרקע נקנה באג"ק אין טענתו טענה שהרי כתוב בסוף השטר וקנינא עכמ"ד ומפ"ל ואין לאחר קנין כלום וכו' וכ' מהר"ם לרור בתשו' סימן ך' אפשר דמ"ש בתשו' אחרת דאין קרקע נקנה אגב קרקע לא היה קנין סודר רק א"ל חזק בקרקע זה דקנה בחזקה ואגבה קנ' שדה פל' אבל בקנין סודר קנה עיין שם והמבי"ט ח"א סימן רמ"ט כ' דהא דאין קרקע נקנה אגב קרקע היינו דוקא באמירה אבל אם כתב לו שטר שהקנה לו באגב

קנה

קנה בשטר וכן בק"ש דקונה בבת א' מהני דבקנין סודר יכול לקנות שניהם כאחד וכן הסכים הרב אורים גדולים למוד קפ"ו והביא ראייה מתשובות הרשב"א שהביא מרן בב"י סימן ר"ז עיין שם ולע"ד ליתא דבתשובו' הרשב"א ח"ב סימן ל"ו וסימן ת"ה וח"ג סימן ק"ד מבואר דגם במקנה בשטר ובקנין סודר אין קרקע נקנית אגב קרקע עיין שם וכבר תמה מהר"י עייאש בתשו' ח"א סי' ש"א על המבי"ט מתשובות הרשב"א שהביא מרן הב"י בסימן רמ"ח דמיירי בשטר ואפ"ה לא קנה ומשמע כמי דהקנה בקנין סודר. עיין שם וכן מבואר בתשובו' הרשב"א ח"ב סימן ל"ו וח"ג סימן ק"ד דגם בשטר ובקנין סודר אין קרקע נקנה אגב קרקע עיין שם לכן העיקר כתי' אחר שכ' מהר"ש לרור דדוקא בקנין שכתוב בסוף השט' מתקן קניית הקרקע וכן כ' מהרא"ש סימן קל"א עיין שם וכן כתב מהרש"ח סימן י"ג ומהר"ש הלוי סימן ל' עיין שם וכת' מהרא"ש ומהר"ש לרור שם דאם נזכר הקנין בסוף אפילו נזכר גם כן בתחלה מהני עיין שם וכן בתשובות הרשב"א ח"ב סימן ש"א דמיירי בשטר שכתוב בו מתנה וקנו ממני בקנין גמור וכו' ובסוף וקניא עכמ"ד ומפ"ל וכו' ואפילו הכי כתוב דהקנין שבסוף מתקן עיין שם ואם כן בנדון דידן נקנה הקרקע לאשתו ולבניה בקנין שבסו' בבת א' דמנו דזכתה לעצמה תזכה לבניה אבל כבר כ' מהר"ש לרור שם דרש"י חולק על הרשב"א ואין חי' בין קנין אחד לשני קניינים וכן הסכים הרב פרח מטה אהרן ח"א סימן ע' ועיין בהרב כנה' הגדולה סימן ר"ב הגב"י מחלוקת אחרונים ואם כן המוציא מחבירו עליו הראייה אבל ראיתי למרן בתשו' בספר אבקת רוכל סי' ל"ח שכ' וללמד זכות על מתנה כעין זו שלא לבטל השטר וזה ל' ועל מה שהקנית' שליש אגב ארבע אמו' ואין קרק' נקנ' אג"ק יש לומר אף כל פי כן קנתה מפני שמלבד לשון זה של הקנאה אגב יש לשונות אחרים של מתנה בשט' זה ויש לו' דלא קיימי אקנין אגב אלא אקנין סודר שכ' בסוף השטר קאי שהרי כ' ותחזיק והוא לשון מתנה וכו' ועוד נדכ' שנתתי לה מתנה גמורה ושרירא ודאי דה"ק אי קניא מדין אגב תקני ואי לא תקני מדין אגב קנין סודר וכיוצא בזה כ' הריב"ש סימן שמ"ו עיין שם וה"נ כיון שכתוב ותזכה זכייה גמורה והיא לשון מתנה כמבו' בסימן רכ"ג עיין שם אמרינן דלא קאי אקנין אגב אלא אקנין סודר שכ' בסוף דאם לא כן מתבטל השט' לגמרי ולא אמרי' יד בעל השטר על התחתונה אלא בדבר שאין השטר בטל לגמרי וכן הרי הוא נתן לה מתנה גמורה ושרירא וכולי מהני כמבואר ברש"י רמ"ה הכותב בשטר וכו' נתתיה לו וכו' וכתב הסמ"ע דבאשירי כתוב נתונה וכן מלאתי מדוייקת וכו' דאם לא כן מה חי' בין נתתי לנתתיה וכו' עיין שם והוא הדין באמירה אם קנו מידו ומה שהקנה לבניו הנולדים אף על גב דבלשון בני אדם משמע העתידים ליולד דהנודר מן הנולדים ר"מ סביר"ל דמותר בנולדים שנולדים כבר ורבנן סבירא להו שאסור בכל הנולדים שנולדים כבר והעתידים ליולד נראה דה"ד בנדרים משום דחל הנדר עליהם שאדם אוסר על עצמו דבר שלא בא לעולם ועיין בהש"ך י"ד סימן רי"ז אבל במתנה דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם אפי' לבנו אם לא היה בעולם כלל שלא הוכר העובר א"כ מסתמ' לא הקנה אלא לנולדים כבר ולא לשלא היו בעולם דלא שייך הקנאה כדאמרי' בבתרא דף קכ"ח גבי האומ' תטו' אשתי כאחד מן הבנים ובנכסי' של עכשיו וכו' וכ' רשב"ם בנכסים של עכשיו שאם נתרבו הנכסים בשעת חלוקה אינה נוטלת אלא באותם שהיו לו בשע' אמירה דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואפילו לר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ה"מ במפרש אבל בסתמא אין אדם מעלה על דעתו דבר הראוי לבא להקנותו אלא בדבר שהוא מוחזק בו ולכך הך אשה ידה על התחתונה וכו' עיין שם אלמא אפילו לר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם ה"ד במפרש אבל בסתמא דעתו על המוחזק בו ואם כן המקנה לדבר שלא בא לעולם דלכולי עלמא לא קנה דאמרי' דלא נתכוון אלא לנולדים כבר דבני הקנאה מיהו נינהו דהא דאמרינן גבי אשתו אין דעתו לדבר שלא בא לעולם היינו משום דיד בעל השטר על התחתונ' כמו שכ' רשב"ם לכך הך אשה ידה על התחתונ' דספק מיהא הוי דאם לא כן הכא נמי בנדרים נימא אף על גב דאדם אוסר על עצמו דבר שלא בא לעולם במפרש אבל בסתמא דעתו על הנולד כבר בעולם כמו לר"מ דקנין דבר שלא בא לעולם במפרש אבל בסתמא דעתו על דבר שבא לעולם אלא דלא אמרי' הכי אלא משום דיד בעל השטר על התחתונה אבל ספק מיהא הוי ולכך גבי נדרים אסור בשניהם ועיין שם בפרישה שכת' דזה מקרי דבר שבא לעולם כיון דודאי יבא דדרך העול' בכך והש"ך בי"ד סימן רי"ו ס"ק מ"ב כ' דאדם אוסר על עצמו דבר שלא בא לעולם עיין שם ואי אמרי' דדב' שלא בא לעולם אינו אסור אלא דוקא במפ' אבל מסתמ' דעתו על דבר שבא לעולם כבר ל"ל דזה מקרי דבר שבא לעולם מיהו כבר כתבתי דלא אמרי' הכי לר"מ בממון אלא משום דיד בעל השטר על התחתונה הוי ובנדרים אסור בשניהם מספק ואם כן מקנה לבניו הנולדי' אמרי' יד בעל השטר על התחתונה ולא קנו הנולדים כבר אלא מחצה דהאומר לבנו קני את ועובר שלי שתתעבר אשתי נוטל הנולד כבר מחצה ואחר כך חולקים הוא והעובר כשיולד המחצה כמבואר בדברי רשב"ם בפ' מ"ש וכמ"ש הסמ"ע בסוף סימן ר"י עיין שם והכא נמי לאומר לבניו הנולדים הוי כקני את והעובר שלי כיון דאין אדם מקנ' למי שלא בא לעולם המקנה לבניו סתם אמרי' אין דעתו אלא לנולדים כבר דבני הקנאה נינהו כמו שכ' המרדכי בפ' י"ן סימן תקע"ה וז"ל קבלתי ממורי מהר"י ממגולא דאפילו אם יהיו לו בנים זכרים אחר כך וכו' לא יהיו יורשים כי אם הבת יורשת לאחר שבשעה שאמר נכסי לירתי לא היה שם יורש כי אם אותה הבת דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם ואני דנתי לפני רבותי וכו' ורמזו מרן הב"י סי' רמ"ח והד"מ דקדק כן מדברי הטור שם דאין כוונתו אלא ליורשים שהיו בשעת המתנה ולא זכר בדברי המרדכי עיין שם הרי דאמרי' דאין דעתו אלא לבת שהיתה בשעת המתנה וכן כ' הרמ"ה בתשו' סימן רס"ז דמסתמא אקני למאן דשייכא ביה הקנאה וכו' עי' שם ואם כן אף על גב דלשון נולדים כולל נמי הנולדים אח"כ כיון דלאו בני הקנאה נינהו אמרי' אין דעתו אלא לנולדים כבר וכבר כ' מהרא"ח חלק ב' סימן ל"ו דכל שאנו יכולים לפרש דברי האדם בלשון המועיל וכל שכן כשקנו מידו אפילו רבנן מודו דאמרי' אין אדם מוצי' דבריו לבטלה והביאו ה' כנסת הגדולה בסימן רנ"ג הגב"י או' י"ג עיין שם באורך וכן הסכים ה' ברכי יוסף י"ד סי' רנ"ה דף ל' ודף ל"א והביא קצת ראייה עיי"ש באורך וא"כ הכא נמי כיון דאין אדם מקנה למי שלא בא לעול' אמרינן אין אדם מוציא דבריו לבטלה ואין דעתו אלא לנולדים כבר :

ז' **ובשם** שאין ישראל עושה שליח לגוי וכולי הכי מסקינן

מסקינן במציעא דף ע"א איכהו לדידן דלא דכתיב אתם גם אתם לרבות שלוחכם מה אתם בני ברית וכולי אבן נמי לדידהו כיה אתם בני ברית וכולי אם כן אפילו ישראל לא נעשה שליח לגוי לענין משא ומתן דילפינן מתרומה וכל שכן דאין הגוי עושה שליח לישראל ונראה פשוט דעבד עושה שליח לישראל רבו כדאמרינן בפרק השואל אמר לעבדו לא והשאל עם פרתי מהו תיבעי למ"ד שלוח' של אדם כמותו ה"מ שליח דבר מצוה הוא אבל עבד דלאו בר מצוה הוא לא או"ד אפילו למאן דאמר אין שלוחו של אדם כמותו ה"מ שליח אבל יד עבד כיד רבו אמר רבא מסתברא יד עבד כיד רבו דמי והכי קי"ל בסי' שמ"ו ס"ו עיין שם וק' דבפ"ג דתרומו' תנן הרשה את בן ביתו או את עבדו או את שפחתו לתרים תרומתן תרומה עיין שם אלמא אף על גב דגוי שתרם אפילו ברשות הינה תרומה דאין שליחות לגוי לא ממעטי' עבדו אף על גב דלאו בר מצוה הוא ואמאי לא פשיט רבא מהכא ושוב ראיתי להרמב"ם בכ' פאר הדור בסי' ע"ב שכתב וז"ל וממ"ש המשנה תרומת דנכרים תלמוד משם כי העבדים יכולים לתרום שהם ברשות אדוניהם מפני שאמרו אתם גם אתם לרבות שלוחכם מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית והעבדים כאשר נכנסו בברית מדטבלו לשם עבדות יכולי' לתרום ואמרו במשנה הרשה את בן ביתו או את עבדו וכו' ע"ש הרי שכ' דעבדים בני ברית מקרו ולכך יכולי' לתרום וק"ק מפרק השואל דמ"ל דעבד דלאו בר מצוה לא אלא דמסיק רבא מסברא דיד עבד כיד רבו דמי :

ח' כתב הרב דרכי נועם ח"מ סימן ב' דגוי יכול לזכות לישראל ע"י ישראל חבירו מדאמרינן נכסי הגוי כהפקר וכל המחזיק בהם זכה וכו' והוא הדין מתנה דהוי כמכר דמכי נתן הגוי לישראל נסתלק מיד והוי כהפקר וזוכה בו ישראל זה לישראל חבירו כדקיי"ל המגביה מציאה לחבירו אפילו לא אמר לו כלום זכה בה חבירו עיין שם :

ט' וכישם שאין ישראל נעשה שליח לגוי וכולי אבל גוי לגוי נעשה וכ"מ לענין מכירת חמץ הרב משאת בנימין הביאו הרב שפתי כהן ע"ם ומלאתי למהר"י ברונא סימן רמ"ה שכתב ומ"ש הא דאין שליחו' לגוי ה"מ גוי לישראל אבל גוי לגוי יש שליחות תמהני מנ"ל הא דבפ"ב דקידושין מנרבי' קראי שליחות וכו' ולא גמרינן חד מחבריה כלל אם כן מהיכא תיתי שליחות לגוי ודרשינן נמי שולחי' אתם גם אתם מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית וה"ה נמי איפכא מה שלוחכ' בני ברית אף אתם בני ברית ואפשר דאפי' ישראל לא נעשה שליח לגוי לענין מו"מ וכל שכן גוי לגוי דלא נעשה שליח מדאורייתא אף ע"ג דיש זכייה לישראל והכי דריש ר"מ ק"ו בפרק כל שעה עכ"ל הרי שדחה מאן דס"ל הכי דגוי לגוי יש שליחות דק"ו הוא אם ישראל לא נעשה שליח לגוי וכל שכן גוי לגוי ומ"ש אפשר דאפילו ישראל וכולי הכי איתא בהדיא במציעא דע"א אמר רב אשי כי אמרי' אין שליחות לגוי ה"מ איכהו לדידן אבל אנן לדידהו הו"ל שליח והא דרב אשי בדותא היא מ"ש איכהו לדידן דלא דכתיב אתם גם אתם לרבות שלוחכם מה אתם בני ברי' וכו' אנן לדידהו נמי מה אתם בני ברית קאמר וכו' הרי דאפילו ישראל לא נעשה שליח לגוי לענין מו"מ דילפינן מתרומה עיין שם וכתב המג"א בסימן תמ"ח וה' משנה למלך בפ"ב מהלכות שלוחין הק' על המ"ב מהירושלמי עיין שם באורך אבל הר' הלכות יום טוב דף ל' ע"ג

הוכיח דהש"ס דידן לא ס"ל כהירושלמי דבפ' השוכר את הפועלים ד' ע"א מבואר דכליו של גוי קונה לו ובפ"ק דב"מ מבואר בדברי הראשונים דכליו של אדם קונות לו הוא מדין חצר וא"א דאין שליחות לגוי כלל א"כ אפילו קנין חצר וכליו אין לו אלא ש"מ דגוי לגוי יש לו שליחו' ולכך יש לו קנין חצר וכליו עיין שם :

ובתשו' בשמים ראש סימן רכ"ד כ' שאל ר"ת בהא דאמרינן שליחות מנ"ל ושחטו אותו וכו' דהא קרא בפ' בא כתיב ואכתי לא קבלו ישראל את התורה ואינן בני שליחות דאין שליחות לגוי ל"ק כלל דליטעמיך איך הקריבו את הפסח אלא התורה ניתנה להם עכשיו מצוה זו ועמה השליחות וזאת היתה מצוה א' וכו' ע"ש וא"א אפילו לא קבלו התורה הוו גוים גוי לגוי נעשה שליח אלא נראה דס"ל דאפילו גוי לגוי אין שליחו' ונראה דס"ל דלא יצאו ישראל מכלל בני נח אלא משקבלו התורה ולדעתו משעה שיצאו ממצרים אבל הרמב"ן ס"ל דמשעה שנמול אברהם אבינו ע"ה יצא הוא וזרעו מכלל בני נח ונעשו ישראל גמורים בכל דיני ישראל בין להקל בין להחמיר :

יו"ד כתב המבי"ט חלק ראשון סי' קמ"ה וז"ל דהא דאמרי' אין שליחו' לגוי היינו שאיני יכול לזכות לחבירו על ידי גוי ולא לזכות הוא מחבירו על ידי שליחות גוי ויכול לחזור וליקח מיד גוי מה שנתן לו שיזכה בשביל חבירו אבל אם השליח הגוי עשה שליחותו ונתן לחבירו מה שנתן לו כבר זכה כיון שהגיע לידו ושליחות גוי הוי מעשה קוף בעלמא וכן הא דאמרינן אין שליחות לגוי היינו בינו לבין ישראל אחר אבל ישראל שמנה שליח לגוי שיקנה לו או ימכור לו וכולי כיון שקנה או מכר כדין הראוי עם הגוי או עם ישראל הרי הוא קנוי וכו' עכ"ל וכן כתב הריטב"א בפ' אז"נ דגוי מזכה הוא לישראל על ידי ישראל וכבר ה' מולל מאם שבסוף ס' אם דת סימן כ"ו הביא דברי הריטב"א והמבי"ט וה' דרכי נועם והסכים כן עש"ב ומ"ש המבי"ט דאם השליח הגוי עשה שליחותו וכולי מבוא' דה"ד אם הגיע ליד המשלח קנה דשליחו' גוי הוי כמעשה קוף בעלמא אבל אם לא משך השליח רק לרשותו אמרינן אין שליחות לגוי ולא יזכה השליח בשביל חבירו וכן כתב הריב"ש סימן ת"א בישראל שקנה חמץ לגוי דאין שליחות לגוי ולא זכה בשבילו ע"ש ומהר"י עייאש בס' מטה יהודה א"ח סי' תמ"ח שכ' על נדון ה' משאת בנימן דאפי' על ידי שליח ישראל דאין שליחו' לגוי מהני לפי בעיקר האיסור שלא ישאר החמץ ברשות ישראל דעדיין מקרי שלו אבל כל שיצא מרשות ישראל לרשות גוי אפי' הוי השליח מעשה קוף בעלמא הרי אהני מעשיו ואין הגוי המשלח יכול לחזור כיון שנמשך החמץ לרשותו מדעתו ולא אמרינן אין שליחות לגוי אלא בדבר שצריך שליחו' וכן מצאתי שכ' כעין זה המבי"ט ז"ל הביאו הכנה"ג חלק שני סי' קפ"ח עיין שם לא דק דדברי ה' משאת בנימין כשמשך השליח לביתו של השליח וז"ל בתשו' דהאי עובדא שקנה י"ש קודם הפסח מישראל ואמר לשלוחו נכרי חבירו שימשוך היי"ש לביתו של השליח קודם הפסח וכן עשה הנכרי שליח וכו' אי משום דהאי נכרי הלוקח עצמו לא לקח היי"ש רק נכרי אחר שלוחו של לוקח לקח היי"ש לביתו קודם הפסח ונסתפק לך משום דקי"ל אין שליחו' לגוי אי משום הא לאו מילתא היא וכו' עיין שם הרי בהדיא דמיירי כשמשך השליח לביתו של השליח אבל אם הגיעו לביתו של המשלח מודה ובהכי דוקא מיירי המבי"ט דאם לא משכו רק לביתו של השליח אמרי' אין שליחו'

שליחו' לגוי ולא זכה בשבילו כמבואר בתשו' הריב"ש וה' מח"א ה' שליחות סי' ע"ו בגוי ששלח לישראל להשכיר לו בית ועשה הגוי שלוחותו ונתן המעות למשכיר כדי שיקנה הגוי כתב דל"ן שליחות וזכייה כיון דאין ישראל זוכה במידי לגוי אלא מעשה קוף הוא דעבד שנתן המעות למשכיר וממילא זכה הגוי ע"ש :

סימן רמ"ד

א' דין א' וכן אם אמר לשנים וכו' כתב הרא"ב"ד בס' תמים דעים סי' רל"ט דס"ב ע"ג תימה דהא עד מפי עד הוא ואיך יאמרו העדי' אעת"מ שא"ל פ' כך וכך ותי' דאין עד מפי עד פסול אלא בעדות ע"פ שהעדות מתקיי' ונגמר על פיהם אבל עדו' בשטר שאין עדות נגמר אלא במסירת השטר לא קפדינן שהרי הבעלים מוסרים הוא' או השלוחי' במצותו וכולי ע"ש ואפשר דלכך כ' הרמב"ם ומרן אמר לשלשה אמרו לפ' וכו' וכיון דאמר לשלשה עשאם ב"ד כמ"ש הרא"ב"ד שם וסיפא וכן אם אמר לשנים וכולי רוצה לומר דאין יכולים לומר לסופר לכתוב והם יחתמו אלא הם עצמם גם כן כותבין דקפיד על הכתיבה כמ"ש הט"ז ע"ש :

סימן רמ"ה

א' דין א' הכתוב בשטר וכולי היינו מטום דקרקע נקנה בשטר וה"ה אם אמר הרי היא שלו וילך ויחזיק והלך והחזי' קנה וכ"כ בתשו' הגאונים חלק שני שער ג' סימן מ"ב ע"ש. וה"ה במטלט' אם אמר הרי זה שלו כיון שזכה בו שהגביהו או משכו קנה המבי"ט ח"א סימן ש"ן ע"ש ועיין בס' בית דוד סי' :

ב' האומר יש לפ' בנכסי החלי לא אמר כלו' אפי' כ' ומסר לו לא מהני אפילו בקרקעות ואפילו היה שכיב מרע כשאמר כן מרן בתשובות בספר אבקת רוכל סימן פ"א ודלא כהמבי"ט בסימן ש"ט והיא בח"ג עיין שם :

ג' הכותב בשטר וכו' הא דבעינן שטר ה"ד במתנ' בריא אבל במתנת שכיב מרע אפי' באמיר' בעלמא קנה הרב כנסת הגדולה בשם מהר"ש מטראני סימן שכ"ב עיין שם וכן כ' מהרב"ד"ס סימן שכ"ח והם דברי רש"י והר"ן בפרק הבולח עיין שם וכ' מהרשד"ם דדוקא קרקע אין נקנה באמירה אפילו הוא בתוכו אבל מטלטלין אפשר שיזכה באמירה אם היו בידו בשעת נתינ' השכיב מרע או אפילו הבריא עיין שם וכן מוכח בהדי' מדברי הרא"ש בתשו' ופסקו מרן בסימן ע"ג ועיין שם בהסמ"ע סק"ן וכן כ' בהדיא הרמב"ם ומרן סימן רמ"א דין ב' ע"ש :

ד' הג"ה אבל בדבורא בעלמא לא קני אלא אם כן קנו מגמו וכו' וכן כ' ר"ח גאון בתשובות הגאונים ח"ב שער ג' סימן מ"ב עיין שם ועיין בתשו' הרשב"ש סימן קט"ו וסימן רפ"ח ע"ש :

ה' או הרי היא שלו וכו' כ' מהרא"ד"ב בס' לחם רב סי' רכ"ג בההד שאמר לחבירו למה אינך מקדי' קרקע פל' והשיב דבעודו בחיים אני אוכל הפירות אבל אחר שאמות קדש הוא וז"ל אבל יש ללמד זכות מטעם אחר דלא אמר יהיו קדש אלא קדש הם ואם כן אינו מקדישו עכשיו דאין זה לשון הבא דאף על גב דאמרינן בגט דהיכא דאמר בטל הוא דמשמע להבא וכו' ומתנה אמרי' איפכא דהיכא דאמר בטלה היא משמע לשעבר כי היכי דליהוי דבריו קיימים דאי במתנה אמרי' דלהבא משמ' לא אהנו דבריו מידי וכן בגט אי אמרי' דלשעבר משמ' לא מהני אבל בכ"ד לא שייך האי טעמא משום דאפילו דנאמר לשעבר משמע לא הוו מילי דכדי דזה משיב למה ששאלו ממנו למה אין מקדישו וע"ז זה השיב דכבר הם קדש וכו' מכל מקום הודאת בעל דין כמאה עדים דמי והרי הוא הודה על עצמו שהם קדש לאחר מיתה מיהו לזה יש לו' דהודאה בפני עד אחד איכא פלוגת' דרבוות' וכו' וכיון שהיה מוחזק יכול לומר קים ליה כמאן דאמר דלא הוי הודאה וכולי ע"ש :

ו' הג"ה ואפילו קנו מידו דהוי קנין דברים וכו' דברי הרמ"ה והם בפרק השותפין סימן כ"ו ע"ש באורך וכן כת' בספר רא"ב"ן סוף דף ל"ט וז"ל שמעינן מהכא דהמקנה לחבירו חפץ או כסף ליתן לו דלא קנה דקנין דברים הוא אבל אמר הריני מקנה לך כסף או חפץ פ' שיש לי בביתי קנה שהקנין חל על הכסף או על החפץ וכו' עיין שם וכן פ' הרשב"ם סימן הכ"ה ע"ש והרמב"ם פרק י"א מהלכו' מכירה שכ' דתנאי דהוי אסמכתא אם היה כך אתן לך מנה או אבנה לך בית דזה לא קנה לכאורה נראה דאם לא היה תנאי דהוי אסמכתא קנה אף על גב דהוי קנין דברים (א"ה עכ"מ) :

ז' דין ב' ויש אומרים שאם קנו וכולי נראה דדעת מרן דאפילו קנו מידו לא מהני ולפי הכלל שכת' הרב בית דוד דלא קיימא לן כשתם אלא כשכתב בפי' הדבר שחולקים עליו אבל אם לא הדין בפי' בסת' רק עיקר הדין וכו' דעתו לפסוק כן ע"ש נרא' לכאורה דהכא קיימ"ל כיש אומרים בקנין מהני באתן דלא הזכירו בסתם אבל כבר כתבתי בסימן ר"י דגם בכה"ג קיי"ל כסתם עיין שם וכן כ' הב"ח בתשו' סימן י"ד שכן דעת מרן והשכים הוא כן ואם תפס אין מוציאין מידו אבל כשלא תפס לא מהני קנין עיין שם באורך ועיין בספר זכרון יוסף סימן ז' :

ח' דין ה' והנותן אוכל פירות וכו' הריטב"א בחידו' כ' וז"ל פירש רבי' בשם אחיו ה"ר פינחס הלוי דאם האבות נחלקו כשהם קיימים בז"א נתתי וזה אומר לא נתן משלשין את הפירות עד שיודו הא' לחבירו אבל כשמתו האבות בעודם במחלוקתם זכה בהם בן הנותן בשדהו דאין בבן המקבל כח להוציאם מידו שהרי אינו זוכה אלא מכח אביו ואביו כבר הודה שלא זכה בה מעולם אבל בן נותן שהיתה של אביו אלא שהוא ספק אם נתנה אם לאו מעמידים אותה בחזקתו ואפילו אם מת מקבל בחיי נותן ונותן מודה לבן מקבל שנתנה לו בב"ד ואפי' הכי איני זוכה בה בן המקבל שהרי הוא לא נתנה לבן המקבל אלא למקבל ומקבל הודה שלא נתנה לו וכו' והיכ' שמת נותן ולא מקבל ואחר מיתת הנותן חזר המקבל ואמר שנתנה לו נר' שאינו זוכה דמיד שמת הנותן ומקבל לא חזר בו מיד זכה בה הנותן בקרקע ושוב אין כח במקבל להוציאה מידו וכולי עכ"ל :

ט' דין יו"ד הג"ה ואם יש לו בעל חוב גובה ממנו כ' הסמ"ע נר' דמיירי בבעל חוב שיש לו על המקבל שטר בעדים דאז כל נכסיו משועבדים לו וכו' והט"ז כ' ולע"ד דה"ה במלוה על פה כיון שאין לו במה לשלם אין בידו להפקירו ולהזיק בידים לחבירו ויש הוכחה לזה ממה דקיימא לן דאין אדם נאמן לומר על מה בתחת ידו של אחרים כמ"ש בסי' ל"ט ואם יכול להפקירו יהא נאמן במגו דהיה עכשיו מפקירו שיוכלו אותם

אותם אחרים לזכות בהם אף על פי דאין לו כח להפקי' עכ"ל וליתא דחזקה כל מה שביד האדם שלו הוא ומגו במקום חזקה זו לא אמרי' כמו שכ' המ"מ בפי"א מה' מלוה בשם הרמב"ן עיין שם וכן כ' הרשב"א בתשו' סי' אלף ומ"ז ובתשו' חלק ג' סימן רמ"ה וסיים דהוי כמגו במקום עדים עיין שם וכבר כתבתי בסימן מ"ז דסבי"ל דאף על גב דמגו במקום חזקה בעיא היא וקי"ל קולא לנתבע מכל מקום בחזקה אלימתא ודאי לא אמרי' מגו כמו שכ' הרשב"א עצמו בתשו' ח"ג סימן ש"ע עיין שם והכא נמי חזקה זו דכל מה שביד אדם שלו הוא אלימת' היא והוי כמגו במקום עדים וכ"כ בתשו' ח"ג סי' קל"ד בהדיא עיי"ש :

יו"ד דין י"א זיכה לו על ידי אחר וכו' כ' המ"מ בשם הרמב"ן מהא שמעי' דכי אמרי' זכין לאדם שלא בפניו דוקא כשנתרצה כששמע אבל אם לא נתרצה לא וא"כ בדבר שהוא חובה אין חבין לאדם אלא בפניו אפילו נתרצה כששמע וכ' המח"א הל' זכייה ומתנה סימן ו' דאם הוא ודאי זכות גמור וא"כ כששמ' צווח וטען שחוב הוא לו אם נאמן או לא דמהכא ליכא ראייה דאיכא לד חובה משום דשונא מתנות יחיה אבל אם הוא זכות גמור אפילו צווח כששמע א"ל דמתחלה היה רולה ועכשיו חזר בו וכן נראה מדברי הר"ן בפ' הא"מ גבי קטנה נתקדשה שלא לדעת אביה וכו' עיין שם גם הריטב"א בחי' לקידושין בפרק הא"מ גבי מנין ליתומים שבאו לחלוק וכו' כ' וז"ל והא דאיתיה הכא מעיקר בחלוק' הארץ מדין זכייה והשתא הדרי למימר דהוי מדין אפטרו' לאו למימר' שאין אפטרופום מדין זכייה וכולי אלא ודאי מדין זכייה הוא אלא הכתוב בזכייה זו יותר מזכייה בעלמ' דבעלמא אין זכייה אלא בזכות גמור שאין בו חובה כלל לא בתחילתו ולא בסופו אבל הכא מהני לחוב על מנת לזכות כיון שאינו חובה ממש ואלו מדין זכייה יכול למחו' ושאינו רולה בזכייה זו אפילו בלא טעות וכו' עכ"ל משמ' בהדיא דזכות גמור שאין בו חובה אינו יכול למחו' שאינו רולה בזכייה זו ועיין בתשובות בשמים ראש סימן רס"ח דמשמע שם דיכול לחזור מהאי טעמא דאיכא לד חובה ואם הוא אדם חשוב ואין דרכו לקבל מתנה אומר אני שאינו זכות אפילו נתרצה אחר כך והתוס' בכתובות דף י"א בד"ה מטבילין וכו' כ' וז"ל ואף על גב דזכייה הוי מטעם שליחות אין לו שליחות מן התורה הנ"מ בדבר שיש בו קצת חובה וכולי אבל הכא שזכות גמור הוא יש לו שליחות עיין שם נראה דסביר"ל דזכות גמור אינו יכול למחות ולכך יש לו שליחות דאין המשלח יכול לחזו' ודוק' בדבר שיש בו קצת חובה כיון דהזוכה יכול למחות אין לקטן זכייה וגם שליחות והר"ן בר"פ הא"מ כתב דזכייה מדין שליחות ונדחק בשמעתא דהתם למאי דס"ד דרב מוכח מהך קרא דזכין לאדם שלא בפניו זכין לקטן מדאורי' ולא מדין שליחות אבל לבתר דאקשי' ותסברא וכו' ואוקי כדר"כ דאמר מנין ליתומים שבאו לחלוק וכו' לא תפשוט מינה דזכין לאדם שלא בפניו וזכין לקטן מדאורייתא עי' שם באורך ואפשר לומר דדבר שהוא זכות גמור יש זכייה לקטן מדאורייתא ולמאי דס"ד דהוי זכות גמור גמרי' מינ' דזכין לקטן מדאורייתא דבר שהוא זכות גמור וזכייה לאו מדין שליחות ולכך פרכי' ותסברא וכו' והוא יש קצת חוב' ואין זכייה לקטן מדאורייתא אלא וכו' ולפ"ז מוכח דאפי' זכות גמור זכייה לאו מדין שליחות הפך דברי התוספות וגם מדברי הר"ן שם שכ' ומיהו לא תקנו שליחות משו' דשליחות מילתא אלימתא היא דמשהגיע ליד השליח אין המשלח יכול לחזור לא אלמוה זכות הקטן כולי האי עיין שם משמע קצת דאפילו זכייה גמורה שאין בה הוב' יכול למחות שהרי תקנו זכייה לקטן כמו לגדול והרשב"א בחי' לקידושין דכ"ג גבי עבד שיולא בשטר ע"י אחרים אפילו בע"כ נמי ומתנת ממון שאני דלאו זכות גמור הו' משום דשונא מתנות יחיה אבל גט שחרור דזכות גמור הוא דמתירו בב"ח ומכניסו בכלל מלות כישראל זכין לו ואפילו עומד וצווח בטלה דעתו אצל כל אדם ואף ע"ג דבמליאה ובנכסי הגר ובלקט שכחה ופאה דזכות גמור הוא וכולי הכא שאני דאלו איתיה לעבד כאן כייפין ליה לקבל בע"כ כי ליתיה נמי מזכין לו בע"כ וכו' עיין שם הרי דסביר"ל דהשחרור זכות גמור ואפילו עומד וצווח בטלה דעתו אצל כל אדם והיינו דוקא בעבד דזכות גמו' הוא וגם יוצא בע"כ זכן לו בע"כ אבל בעלמא אפילו זכות גמור אין זכין לו בע"כ והתוס' שם ע"ב בד"ה מהו וכולי כתב וז"ל וי"מ דהכי קמ"ל מהו ביעשה שליח הא דאמר דהרשב"א בשטר על ידי אחריות בתורת שליחות קאמר וכילי ולמ"ד דזכות הוא לו יכול לקבל גיטו שלא מדעתו כ"ז שאינו מוחה וכולי ואם כן אם עומד וצווח כיון דאינו מטעם שליחות עכ"ל ומהר"ם הקשה כיון דטעמא משום זכות אם עומד וצווח היכי מהני ונדחק ע"ש ונראה דסביר"ל דשחרור זכות גמור הוא ואפי' עומד וצווח בטלה דעתו אצל כל אדם כדעת הרשב"א אלא דאי מטעם שליחות אם עומד וצווח לא מהני דליכא שליחות אבל אם אינו מטעם שליחות זכין לו בע"כ ואם כן למאי דפשיט שם דעושה שליח אם עומד וצווח אין זכין לו בע"כ וכן דעת הרמב"ן והריטב"א והר"ן שם מיהו אפשר דס"ל דלאו זכות גמור הוא ועי' בס' דברי אמת בקו' ז' סי' ד' :

י"א הרי זה ספק וכולי אבל מדברי הרא"ש יראה שזכה בו המקבל כמ"ש הטור וכתב מרן הב"י וכן יש לדקדק שגם היא פלוגתא דרשב"ג ורבנן ולא הכריע ומסתמא משמע דהלכה כת"ק עיין שם וכן כתב הר"ן בס"מ לבתרא וז"ל ולענין הלכה כ' הרמב"ם וכולי אבל הרי"ף כתבה סתם ונראה שהוא פוסק כרבנן וכ"כ הראב"ד בספר תמים דעים סימן רל"ט דכ"ח ע"ג וז"ל דכתב הרב דקי"ל כרבנן דאמרי מדאשתיק קנינהו וכולי ומשמע שכן דעת הראב"ד והר"ן עיין שם וז"ל רבי' האי בס' המקח שער ע"ו אדם יכול ליתן מתנה לחבירו ואע"פ שאין מקבל מתנה באותו מעמד אלא שבין המתנה והמכר יש ביניהם חילוק שאלו היה נותן מתנה כיון שנתנה לא שייר לעצמו שום שיור בעולם דאין שם קבלת ממון לבעל המתנה כמו שיש במכר ולכן אנו לריכ"ן לראות דעת מקבל בשעה שבאה המתנה לידו או בשעה שידע שנתנה לו זאת המתנה שאם שתק באותה שעה ולא אמר כלום הרי זה קנה מיד ובשתיקתו נשלמה הקנין כדגרי' וכו' עכ"ל הרי שכ' דאם שתק בשעה שידע שנתנה לו אפילו לא באה לידו קנה מיד כרבנן וכן פסק הרמ"ה בפ' י"נ סי' קל"ד והאב"ן דק"ח ע"ב ע"ש וקצת תימא על מרן דבהקדמתו כ' דג' עמודי ההוראה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש במקום ששנים מהם מסכימי' לדעת א' הלכה כמותם ע"ש וה"נ הרי"ף והרא"ש ס"ל דקנה הו"ל לפ' כמות' נגד הרמב"ם וכ"ש דגם רב"י האי והאב"ן והרמ"ה והרשב"א ס"ל הכי וכ"כ דעת הראב"ד והר"ן כמ"ש וכה"ג פסק מרן בסי' ל"ז דכל שעושים בהם אוכל נפש אינו אסור למשכנו אלא שלא בשעת הלואתו וכתב בב"ה משום דהרמב"ם יחיד נקטי' כדברי החולקים עליו עיין שם וכ"ש הכא דלדעת הרמב"ם הוי ספק דראוי לפסוק כודאי דכל הפוסקים והתימה

והתימא על מהריק"ש בתשו' סי' ק"ט שכ' דכל הפוסקי' פסקו הוי ספק עיין שם :

י"ב אם קדש אחר וזכה בה וכו' ואם חזר המקבל וזכה במתנה כ' הדרישה דאם בא הבעל הא' ותקפה מיד זה המקבל לא אמרי' דאין מוציאין מידו שאומר דמיד שאמרת אי אפשי חוזרה לרשותי דזה אינו דכיון שהוא סלק נפשו אדעתא שיקבלנו זה ובשעה שאמר אי חפשי לא חזר בו הנותן בפי' מיד כשחזר המקבל ותפשו הרי הוא בחזקתו כברהשונה ולאו כ"כ דהנותן לחזור בו עיין שם וכן ראיתי למהרשד"ם חא"ה סי' קע"ט שכ' אפילו אמר בטלה אינה חוזרת לבעליה ואם חזר המקבל זכה מן ההפקר עיין שם וכבר כ' ה' שמחת יו"ט סי' ל"ו דנעלם מה' תשו' הרשב"א סי' תר"ב שכ' וז"ל דכיון בשעת מתנה לא זכה שוב אינו יכול לזכות והא למה זה דומה לאותה דאמרו בשלהי פ' י"ן בכותב נכסיו לאחר והיו בהם עבדים ואמר הלה א"א בהם וכו' אע"פ שלאחר מכאן אמר רוצה אפי' אם היה רבו א' כהן אוכל בתרומה ה"נ הו"ל מיד כסף קידושין כפקדון בידה עכ"ל הרי דכל מתנה שבשעת נתינה לא זכה בה אפילו לא חזר בה הנותן בפי' שוב אין המקבל יכול לזכות בה אם ירצה ע"ש וכן משמע מדברי הנמ"ה בפ' י"נ סי' קל"ד ע"ש :

סימן רמ"ו

א' דין א' לעולם אומדין דעת הנותן וכו' אם לא היה לו זרע ואחר כך זכה לזרע עיין בס' דברי אמת קו' ז' עי' שם :

ב' דין ב' בין שהיה בריא וכו' משמע דאפי' תפס מוציאין מידו דודאי לא עשאו אלא אפטרופ' דומיא דשכ"מ וכן פסק הרמב"ם בפי"ב מהלכות זכייה בבעיא דבריא שאמר פ' בני יירשני דאין דבריו קיימין עיין שם וכתב המבי"ט חלק ראשון סימן ב' דאם הוא מוחזק אין מוציאין ממנו המתנה וכן דעת המ"מ עיי"ש אבל הרב לח"מ בפ"ו מהלכות נחלות תי' דס"ל דבבריא דהוי ספק אם אמר ריב"ב קי"ל כרבנן עש"ב וכן כת' בס' לחם רב סימן רי"ז דע"כ ס"ל דאפי' תפס מוציאין מידו מדלא כתב דהוי ספק עיין שם והרב שמחת יו"ט סימן כ"ט דק"ט תמה עליו דמ"מ לא הול"ל אין דבריו קיימים סתם דאף על גב דלא נ"מ לענין תפיסה נ"מ לענין אחר ומבא זה כ' דס"ל כדעת הרמ"ה דאף דאפשטא בעיין לא קיימא לן כריב"ב בבריא ולדבריהם ק' בבעיא דהכא שכ' הרמב"ם סתם בין שהיה בריא בין שהיה שכיב מרע וכו' לא עשאו אלא אפטרופוס דהול"ל שהוא ספק דאע"ג דלא נ"מ לענין תפיסה נ"מ לענין אחר כמ"ש ה' וגם נ"מ לשכ"מ שכתב נכסיו לאחר ולבנו דקיימא לן דהא' קנה ובנו אפטרופוס דאם היה בקנין או בשטר הקנאה בלא יפוי כח אחר נמי לא קנה דשמא נתכוון להקנות אף לבנו הקנאה גמורה דהא לא תלי' שעשאו אפטרופוס אלא מספק וא"כ כיון דא"ל לבנו נמי להקנא' נתכוון הו"ל מחלק כל נכסיו בקנין דלא קנה דשמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה כמ"ש הר' יונה בס"מ לבתרא דקל"א ע"ב עיין שם ומהרש"ג בס' משפטים ישרים סימן ל"ד דש"ב כ' דס"ל דאפי' תפס מוציאין מידו עיין שם וה' כנסת הגדולה הגב"י אות כ"ו חלק עליו והסכים דאם תפס אין מוציאין מידו והרמב"ם שלא פי' כן סמך אמ"ש במקומות אחרים עש"ב וא"כ דא"כ לפחות הו"ל לפ' שהוא ספק וממילא ידעינן דין התפיסה ומדכתב סתם בין שהוא בריא בין שהיה שכיב מרע וכו' משמע דדין הבריא כשכיב מרע והמ"מ בפ"ד מהלכות גזילה דין ז' כתב וז"ל שכירו ולקיטו בעיא דלא איפשטא שם ולא פסק דאם תפס נגזל אין מוציאין מידו כדרכו ברוב התיקו האמורים בגמ' לפי' יכולי עיין שם וכן כתב הרשב"ן חלק שני ס"ב ער"ב עיין שם הטעם וכבר הרב עדות ביעקב סימן ע"ב דקל"ט חלק על ה' כנסת הגדולה והסכים עם מהרש"ג עיין שם באורך וכן מצאתי בתשו' הרדב"ז סימן ש"א של"ז דקדק כן מדברי הרמב"ם ומדברי הרי"ף וכה"ג כתב הנ"י בבעיא אחרת דרבא למעלה מזו וז"ל ואפילו תפס מפקי' מניה דלאו דידיה שקל וכיון דדבריו בטלים נמצא שהיורשי' האחרים מוחזקים בנכסים וה"ה לבעיא זו ע"ש וכן מצאתי בתשו' הרדב"ז כ"י וז"ל ועוד ראיתי לכ"ת שכת' טעמים שגם והחזיק כל א' בחלקו משמע מדבריך שאתה ר"ל כיון דבעיא דבריא לא נפשטה אם החזיק ותפס לא מפקינן מניה שכ"פ כל הגאונים דכל תיקו בממון אם תפס לא מפקינן מניה ואם לזה נתכוון כ"ת א"ל חזור בך שאם לא היה שם שיור אפי' תפס מפקינן מניה ודקדקתי כן מדהשווה הרמב"ם שכ"מ ובריא לענין זה והלא שכ"מ פשיטא דלא קנה ורלו בבריא בעיא דלא איפשטא והוא רגיל בכל בעיא דלא איפשטא אי תפס לא מפקי' מניה ואם דין שכיב מרע ובריא אינא שוים איך השוה אותם וכן יש ללמוד גם כן מל' הרי"ף שכ' ולא איפשט' בעי' קולא עבדי' ולא עשאו אלא אפטרופו' וא"א הכי הול"ל ולא איפשטא בעיא הילכך לא קנתה להכי כתב ולקולא עבדי' ולא עשאו אלא אפטרופוס להשוות הבריא לשכ"מ דאפי' תפס מפקי' מניה והטעם כיון בנפל הספק בשטר יד בעל השטר על התחתונה ונשארו הנכסים בחזקת היורשים וכו' עכ"ל (א"ה כאן חסר) :

ומז"מ דעת האחרונים הנז' כיון דאפילו תפס מוציאין מידו סתם הרמב"ם ולא חש לנפקותא אחרת אבל מצאתי להרמ"ה בתשו' סימן רמ"ד שכ' וז"ל לפיכך מה שיש בנכסי' מקרקע הוא ברשות היורשי' באיזה רשו' שיהיה כפי כללינו קרקע בחזקת בעליה עומדת ומה שהיה בנכסי מטלטלין הוא ברשות מי שהוא מוחזק בידו מבעל' דינים דמספק לא מפקינן ממונא ומה שהיה מן המטלט' ברשות זולת שניהם הוא להורים וכולי עכ"ל הרי דס"ל דאם תפס מטלטלין אין מוציאין מידו וכבר הבי' הכנה"ג דברי הריטב"א והגמי"י שפסקו כן בהך בעיא דמקבל מתנה הוי מוחזק ואפי' נאמר בחולקים עליהם והיורשים הם מוחזקין מסתיין שנאמר כן היכא שהנכסים ביד שלים וכ"ש אם הנכסים בידם אבל אם תפסו האשה והבן אין מוציאין מידם והרב עדות ביעקב שם דף ר' ע"ב כת' דנר' דמהרש"ג לא ראה דברי הריטב"א כיון שאינו בדפוס ודברי הגמי"י אין ברורות ואפי' נימא דכוונתו כהריטב"א הרי הניחו בל"ע ולא שבקינן מאי דפשיטא לכל הפוסקי' משום ספקו של הגמי"י והריטב"א יחיד בדבר ואין המוחזק יכול לומר קי"ל עיין שם באורך וכן כתב ה' פני משה בח"ג והובא בשו"ת בעי חיי סימן ק"ו דהריטב"א יחיד בדבר אלא שלדד דאם תפסה האשה מהני תפיסתה עי' שם באורך וכבר כתבתי דברי הרמ"ה דסבירא ליה דאין מוציאין מיד המוחזק ומצאתי חבר רב להריטב"א ובודאי יכול המוחזק לומר קי"ל כהרמ"ה והריטב"א והרואה בתשו' מהרש"ג סימן ל"ד הביא דברי הריטב"א ופי' כן כוונת הגמי"י דמקבל המתנה הוא מוחזק ויכול לומר קי"ל אלא דמסיק דתפיסה אחר שנולד הספק הוא כמ"ש מהריב"ל

עיין

עיין שם ולא ראה דברי הרמ"ה וכן ראיתי להש"ך בס' תקפו כהן סי' ע"ב שהשכי' דאם תפס אין מוציאין מידו כיון דהא"ז ור' שמואל ורא"ה סבירא להו הכי וגם הרבה פוסקים דבתיקו מהני תפיסה עיין שם באורך :

וראיתי בס' פני משה חלק ראשון סימן פ"ב דר"ג ע"ד נסתפק בשכיב מרע שנתן כל נכסיו כדין מתנ' בריא אי אמרינן ודאי דלא עשאו אלא אפטרופ' כיון דשכיב מרע הוא וירא שמא ימות וה' המחבר דר"ח ע"ד דעתו נוטה כיון דשכיב מרע הוא וירא שמא ימות ודאי דלא עשאו אלא אפטרופוס ודוקא בבריא ממש בעי רבא ע"ש וכן נראה לכאור' קצת ראייה מדברי הרשב"א בתשו' חלק שני סימן רס"ה שהוכיח הפך הרז"ה דס"ל דלא אמרו לא עשא' אלא אפטרופוס אלא דוקא כשיש בנים קטני' מדבעי רבא בבריא היאך ואי דוק' כשצריכי' אפטרופוס הא קאי איהו ופשיטא הבריא לאו לאפטרפוס נתכוון והא לא צריך עיין שם וא"א מוכחת לה בשכיב מרע בנתן כל נכסיו במתנת בריא דצריך לאפטרופוס אבל מצאתי לר' יונה בש"מ לבתרא דף קל"א עמוד שני שכתב וז"ל ובהא דאמרינן לאחר במתנה איכא דק"ל כיון דבנו אפטרופוס אחר נמי היכי קני הו"ל מתנת שכ"מ במקצת דל"יכה קנין ויש להעמידה במלוה מחמת מיתה דקני במקצת ואין צריך קנין ואיכא מאן דמוקי לה בקנין או בשטר הקנאה דמזכי ליה מחיים דקני בשטרא ואני אומר לא מיפרשא שמעתא שפיר אלא במלוה מחמ' מיתה דהא אבע"ל בבריא וכו' ניהו לענין דינא כ"ל דבנו ואחר בקנין או בשטר הקנאה אף על פי שאינו מלוה מחמת מיתה אחר קנה ובנו אפטרופוס וכגון שהוא מייפה את כחו דהאמר אף כתבו וחתמו והבו ליה דכיון דאבע"ל בבריא היאך ולא איפשטא הוקי ממונא בחזקת יורשי' ולא עשאו אלא אפטרופוס ואחר קנה בקנין או בשטר אבל אם אינו מייפה את כחו אחר נמי לא קנה דשמא נתכוון להקנות אף לבנו הקנאה גמורה דהא לא תלי שעשאו אפטרו' אלא מספק הילכך כיון דא"ל לבנו נמי להקנא' נתכוון הו"ל מחלק כל נכסיו ולא הוי קנין אלא מחמת מיתה ושמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה עכ"ל הרי דס"ל דשכ"מ שנתן כל נכסיו בקנין או בשטר הוי כבריא ואם נתן לאחר ולבנו אחר נמי לא קנה דשמא אף לבנו להקנאה גמורה נתכוון והו"ל מחלק כל נכסיו בקנין דלא קנה וכן כתב ה' פרח מטה אהרן חלק ראשון סימן ע"ל דמתנת שכ"מ בקנין הוי כבריא עיין שם ועיין בספר פני משה חלק שני סימן ל"ט דף קפ"ז ע"ד :

ג' אם שייר כל שהוא בין קרקע בין מטלטלי וכולי עיין בתשו' הרדב"ז ח"ד סימן ס"א של"ז :

ד' אפי' היה בן קטן וכו' אבל אם נתן לבנו עובר כל נכסיו קנה דלעובר לא מיקרי אינים אפטריפוס הרב עדות ביעקב סימן ע"ד דף קפ"א ע"ב עיין שם :

ה' ואפי' היה בן קטן וכו' ואע"ג דקי"ל בשי' ע"ר דאם נתנו אחרים מתנה לבן הרי היא לאביו וכן אם נתן לו אביו מתנה לא קנה דאין לו יד לזכות לעצמו כמבואר בהג"י פ"ק דמציעא נראה דאם זיכה לו על ידי אחר קנה הבן ה' בית שלמה סי' ל"ה עיין שם ועיין בס' גנת ורדים סי' :

ו' הכותב כל נכסיו לא' מבניו וכולי כ' מהריט"ץ סימן קפ"ב בשכיב מרע שאמר נכסיו לו ולבניו דזכה מדקאמר ולבניו ובודאי לבניו אחריו קאמר והאי מתנה ממש קאמר ולא אפטרופוס אם כן לו נמי מתנה ממש עיין שם וא"כ דלו ולבניו מחלה לו ומחלה לבניו כדלקמן סימן רמ"ז עיין שם והא דאמרינן בפרק המוכר את הבית בן לוי שמכר שדה לישראל וא"ל על מנת שהמעשר א' לי ולבני ומת יתן לבנו ולא אמרינן מחלה לו ומחלה לבניו וזכה במחלה בחייו כבר כת' מהריק"ש בספר אהלי יעקב סימן א' דשאני מתנה שנותן מה שלא היה שלהם דשניהם זוכים יחד אבל התם דשיורא הוי למי שהיה שלו מעיקרא לכך לא זכו בניו בחייו עיין שם והמבי"ט ח"ב סימן קי"ח נשאל בנדון הריק"ש וכ'וז"ל והכא בנ"ד שאמר לו ולבנותיו משמע לבנותיו מהשתא בחייו דאי לאחר מיתתו אפילו לא הזכיר בנותיו הם יורשיו ולא תימא דלעולם אימא ולבנותיו אחר מותו ואיצטריך להזכיר לו דדוקא לבנותיו אחריו ולא ליורשי' אחרים שלה אם תמות אחת מהבנות בחייו וכן דוקא להם אחריו ולא ליורשיהם אחריהם כמ"ש דלא היא דלעולם לו ולבנותיו משמע מהשתא מדלא קאמר ואחריה וכהיא עובדא דנכסי לך ולבנך וכו' ואע"ג דגבי מעשר וכו' וכ"ל דה"ט דמעשר משום דאכתי א"ת ליה לקונה השדה מן הלוי ע"מ שהמעשר א' שלו זכות במעשר שנותן ללוי שהוא פוטר את טבלו מן המעשר וכולי ע"ש הרי דס"ל דאפילו במשייר לו ולבניו משמע מחלה לו ומחלה לבניו וזכו בניו בחייו וחולק על מהריק"ש בזה אבל במתנה לו ולבניו לכולי עלמא מחלה לו ומחלה לבניו ונראה דמהריט"ץ לא אמר אלא בנדון דידן דלא היו בשעת המתנה לבני בנים דכיון שלא היו בעולם אמרי' דלא מחלה לו ומחלה לבניו קאמר דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעול' ואין אדם מוציא דבריו לבטלה אלא ודאי לבניו אחריו קאמר אבל אם היו בעולם מודה דלו מחלה ולבניו מחלה והרמ"ה בפרק המוכר את הבית סימן כ"ז כתב וזה לשונו ושמע מינה טעמא דאמרי לי ולבני הא לאו הכי אם מת אינו מחזיר לבניו וכולי והני מלי גבי מעשר דכי שייריה למקום מעשר לאו לגמרי שייריה דא"כ במאי נפיק האי לוקח י"ח מחובת מעשר וכו' אלא שעבוד' בעלמא הוא דשייר ביה וטובת הנאה דאית ביה הוא דשייר לנפשיה וטובת הנאה אינה ממון להורישה לבניו אלא היכא דשייריה נמי בפי' אבל היכא דשייר מידי לגמרי הו"ל ממון להורישו לבניו ואע"ג דלא אמר לבני אם מת ירתי ליה בני וכו' וכן כת' בסימן ל' עיין שם הרי דס"ל דדוקא גבי מעשר דטוב' הנאה אינה ממון להורישה לבניו אבל אם שייר ממון מורישו לבניו אפילו לא אמר לבני וכ"כ דעת הרמב"ם שכ' גבי מכירת פירות סתם דמשמע לי וליורשי' כדעת הרמ"ה ומ"מ משמע דאפילו אמר לי ולבני דוקא אם מת מורישו ליורשיו ולא מחלה לו ומחלה לבניו והטור ומרן סי' ר"ע שכ' וז"ל מכר שדה לשמעון וכו' אם שייר מהפירות לעצמו מהני וכו' ואם מת המוכר הא' אין לבניו כלום אפילו מת בעוד ליקח הא' אא"כ פירש לי וליורשי עיין שם ונראה דס"ל לאו דוקא גבי מעשר אלא ה"ה בכל מכר לא זכו בניו אלא אחר מיתתו ובירושלמי פ"ו דדמאי אמרי' לי ולבני לי וליורשי יש לו במעשרו' ולבניו במעשרו' וליורשי' במעשרו' ר"י בעי קמיה דר"י עד כדון ביורשים שהם ד"ת אפילו ביורשים שאינם מד"ת עכ"ל ולכך הטור נקט לי וליורשי דכולל בניו ושאר יורשים וכן כתב הרשב"ש סימן רע"ו דאפי' בשיור בעי' ששייר לו וליורשיו אבל כשאמר לו ולא אמר ליורשיו דוקא לו עיין שם ושוב ראיתי למהר"ח הלוי סימן כ"ד שחי' לדעת הרמב"ם בין מעשר לדבר אחר ופסק שם דמשייר

אויר

אויר מורישו ליורשיו ע"ש ועיין במח"א ה' זכייה ומתנה סי' כ"ג וכן כתב ה' בית יהודה ח"א סי' ל"ו בשם רבו בנ"ד שאמרו המשכירים לו ולבאי כחו פי' מיד היו בניו שותפים בשכירות זה האב נוטל מחצה ובאי כחו נוטלי' מחצה וצ"ע בזה דודאי לא נתכוונו אלא לבאי כחו אחריו ולא בעודו בחיים עיין שם ולא זכר דמהריט"ץ הכי ס"ל אבל המבי"ט ומהריק"ש ס"ל דלו ולבניו מחצה לו ומחצה לבניו כדעת רבו ועיין בס' גנת ורדים חח"מ כלל ג' סימן ל"ח וט"ל :

ומאי דפשיטא ליה למהריט"ץ כיון דלבנו אחריו מהנ' ממש קאמר לו נמי מתנה ממש כן כתב ה"ר יונה הובא בשיטה מקובלת לבתרא דקל"א ע"ב וז"ל וק"ל הא דאמרי' לקמן אמר רב הונא שכיב מרע שכתב כל נכסים לאחר אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה וכולי לומר שאם אמר אחריך לפ' אין לשני במקום א' כלום דירושה אין לה הפסק לפוס הך מסקנא ק"ל כיון שאמ' בלשון מתנה ובשטר נמי דכתב ליה אמאי לא אמרינן לא עשאו אלא אפטרופוס ונראה בעיני כיון שאמר אחריך לא שייך למימר לא עשאו לא' אלא אפטרופוס אף ע"פ שהא' בנו שהרי לא כתב לו כל נכסיו כיון שנתן אחריו לאחר וכולי עכ"ל הרי דס"ל דמתנה לבנו ואחריו לפלוני לא אמרי' דעשאו אפטרופוס כדברי מהריט"ץ ולא מטעמי' אלא משום דלא כתב לו כל נכסיו שנתן אחריו לאחר והגמ"ר כ' בשם ריב"א כדברי הרב עיין שם אבל נעלם ממנו מה שכ' הטור בסימן רנ"ג סי"א וז"ל שכיב מרע שאמר נכסי לפלוני וכו' אם הוא ראוי ליורשו זוכה בהם משום ירושה ונפקא מינה שאם אמר ואחריו יהיו לפלוני אינו כלום וכו' בד"א שנוטלו משום ירושה כבת או אח או אחד משאר יורשים אבל אם הוא בנו לא עשאו אלא אפטרופים כדפירי' לעיל עכ"ל הרי מבואר דמתנה לבנו ואחריו לפ' אמרי' דלא עשאו אפוטרופוס וכן כתב בעל העיטור דף ל"ה ע"ד וז"ל והלכה נכסי לך בראוי ליורשו ל' ירושה הוא וירושה אין לה הפסק לבד מבן אלא הבנים דעשאו אפטרופוס וכו' עיין שם וכן נר' מדברי הרמב"ם ושאר פוסקים וכבר האריך בזה הרב פרח מטה אהרן סימן ע"ל והרב פני משה ח"ב סימן ל"ט ע"ש :

ז' אך שפירש מטלטלי אג"מ וכו' הרמ"ה בתשובו' סי' רמ"ד על א' שנתן לאשתו כל מה שהיה לו בעול' משוה פרוטה מטלטלין אג"מ והאמינה בכתובתה ומתנתה שתנבה הותה בלא שבועה בנאמנות גמורה עליו ועל יורשיו וכו' וז"ל אם יעקב זה נתן ללאה אשתו לא שייר לעצמו כלום וכמו שנראה משאלת המתנה היא בטלה בקרקעות שיש בנכסים לפי שאמרו הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופוס וכו' בעי רבא בבריא היאך ולא איפשטא וכלל בידינו בדיני ממונות בעיא דלא איפשטא חוזרא להובע וקולא לנתבע לפיכך וכולי קרקע בחזקת בעליה עומדת ומה שהיה בנכסים מטלטלין כי הוא ברשו' מה שהיה הוא בידו וכולי עיין שם הרי בהדיא דסביר"ל דאפילו כתוב בשטר מטלטלין אג"מ ונאמנות גמור' שתגבה בלא שבועה דמוכיח דלמתנה גמורה נתכוון אמרינן דלא עשאה אלא אפטרופוס :

ח' כתב הרב כנסת הגדולה הגב"י אות ל"ג דאם כתוב בשטר מתנה זו כתובה בשוקא ואתמוה בברא וכולי מורה דלמתנה גמורה נתכוון מהר"א מוטל בתשו' כ"י ולדעת מהרש"י פלוגתא דרבוותא ע"ש והרשב"ש בתשו' בסימן קע"ג בשטר מתנה לאשה קרקע ואגבו כל אשר לו כל זמן שלא אחזור זו כתובה בשוקא וכולי י"ל מתנה זו יש בה שיור שהרי לאשתו כל מה שילטרך וכו' וגם יש שיור אחר שהרי יש לו חובות וכו' ל"מ להקשות חוב באגב מתנה במקלא ואינה בכלל הכותב כל נכסיו לאשתו עיין שם לכאורה נראה דס"ל דאפילו דיש בשטר כתבו בשוקא וכולי אם לא יש בטר אמרינן דלא עשאה אלא אפטרופוס מיהו כבר כייס הרב ועוד דהכות' כל נכסיו לא עשאו אלא אפטרו' משום דאזלי' בתר אומדנא ואם אנו רואים דעתו שלא נתכוון לאפטרופוס הוי מתנה גמורה וכולי עיין שם ואם כן אפשר דמהאי טעמא אם כתוב בשטר כתבו בשוק' וכו' הוי הוכחה דלמתנ' נתכוון ולא אפטרופוס :

ט' דין ט' הכותב כל נכסיו לאחד מבניו ולאחר זה האחר קנה חצי הנכסים במתנה וכו' כ' הרמ"ה בפרק י"נ סימן קמ"ג וז"ל ל"מ למאן דאמר קני את ותמור קנה מחצה אלא אפילו למאן דאמר את וחמו' לא קנה כלום דלהכי אקני לו בהדדי הדדי דלא ליקנו אלא כהדדי וכיון דחמור לא קנה בר דעת נמי לא קנ' התם דברירא לן דחמור לאו בר מיקנא הוא אבל הכא בנו בר מיקנא הוא וספוקי דמספקא ליה גביה אם האי לישנא גביה לבון הקנאה הוא ואי לישנא דאפטרופוס הו' ואפ"ל דהאי ניהן לא שנא גבי בנו ולא שנא גבי אחר להקנאה גמור' הוא דאכוון וכיון דאלו איתברר גבי תרוויהו להקנאה גמורה איתכוין הוה קני מר פלגא ומר פלגא השת' דלא איתברר גבי בנו דשייך ספיקא לא קני אלא כי דיניה למהוי עליה אפטרופוס ואחר דלא שייך ביה ספיק' קני וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דהא דאמרי' דעשאו אפטרו' אינו אלא ספק דאומד' דעת הוא ולכך קנה האחר דאם היה ברור דלאפטרופוס נתכוון גם האחר לא קנה וכה"ג פירש"י בפרק הא"מ גבי הרי כולכם ואחת משתי אחיות וכו' דהשתא לאו את וחמור הוא דהא אין אחיות מקודשו' משום ספיקא הוא וכולי עי"ש :

יו"ד דין י"ב הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרו' וכולי דעת הרז"ה לא אמרו לא עשאה אלא אפטרופ' אלא דוקא כשיש בנים קטנים וכתב מהריב"ל ח"ב סי' ס"ז דרוב הגאונים ס"ל דאפילו לגבי גדולים אמרינן עשאה אפטרופ' ולא מהניא תפיסה והביאו הכנ"ג חא"ה סימן ק"ז אות ה' עיין שם אבל הש"ך בס' תקפו כהן סימן קי"ט כ' דיכול המוחזק לומר קי"ל כס' בעל המאור וכו' דגם הרמב"ן שהוא אים מלחמו' השיג במ"ש דבעיא איפשטא אבל מה שחי' בין יתומים קטנים לגדולים לא השיגו משמע דמודה לו בזה וגם שאר פוסקי' אפשר דס"ל דהדין אמת וסברא נכונה דבגדולים לא שייך לומר בעשאה אפטרופ' וקצת ראייה לזה מדאמרינן בפ' המפקיד אפטרו' לדיקני לא מוקמינן וגם כיון דהוי הילכת' בלא טעמא א"כ הבו דלא לוסיף עלה ומה שלא תי' כן משום דמשמע להו דמתני' סתמא בקטנים נמי מיירי עש"ב והרשב"א בתשו' ח"ב סי' רס"ה כ' וז"ל ומה ששאלת מה אני במ"ש בעל המאו' וכו' דע שאין דבריו מחוורים בעיני שאפי' באשה ובן אלל הבנים הגדולים י"ל כי להחשיבה הוא מתכוון כדי שישמעו דבריה דאי לא מ"ש בנו ואשתו אפי' אחר נמי נימא דלהנא' בניו קטנים מתכוון וכו' ועוד מדבעי רבא בבריא היאך ואי דוקא כשלריכים אפטרופוס הא קאי איהו ופשיטא בבריא לאו לאפטרו' נתכוון דהא לא לריכים עכ"ל וכ"כ בס' א"ז לבתרא בפ' י"נ עיין שם וכן כתב בעל העיטור דל"ה היכא מ"ד דוקא דאיכא אחים קטנים אבל גדולי' לא ולא כ"ל עיין שם הרי דבעל העיטור והרשב"א דחו

סברת

סברת המאור וכן נראה דעת הפוסקים ושוב ראיתי לה' עדות ביעקב סימן ע' דקצ"ט ע"ד שכתב דהרז"ה יחיד בדבר והביא תשו' הרשב"א והר"ן והריטב"א שדחו סברתו עש"ב ולא זכר דברי בעל העיטור והרב חלקת מחוקק בא"ה סי' ק"ז כ' וז"ל לא עשאה אלא אפטרופ' ליורשיו אם יש יורשים קטנים וכולי אבל אם היורשים גדולים יכולים לומר א"צ לאפטרופ' ואפשר דמ"מ כל זמן שלא חלקו צריכים לקבל אותם לאפטרופ' וכולי וכן כתב ה' בית שמואל שם ולא ראה מחלוקת הרמ"ה ובעל העיטור והרשב"א שכתבתי :

י"א כתב הרדב"ז ח"ג תקפ"ב באחד שהקדיש ש"ת וז"ל אלא שיש להסתפק דבזמן שהקדיש ר"י הש"ת לא היה לו זרע ואח"ך נולד לו בן וכו' דהוי הקדש בטעות וכולי מ"מ טוענים קי"ל דאין אדם חוזר מהקדשו שהקדש לכפרת נפשו ואדרבא חזקה אין אדם נוטל מנפשו כדי לתת לבנו וכו' עיין שם ונראה דס"ל דהא דמ"ל בפ' מי שמת בש"מ שהקדיש כל נכסיו מי גמר והקדיש ואין חוזרני כלום דחזקה דאין אדם נוטל מנפשו כדי לתת לבנו וכן אי' מהרא"ב בס' לחם רב סימן ר"ג עיין שם וכן כתב מהרש"ך ח"א סימן ע"א ונמשך אחריו פני משה ח"ב סימן כ"ח עיין שם אבל כבר הוכחתי בסימן רי"א דחוזר הוא בהקדש אפי' מת דלגבי בנו גמי אמרינן שמא לא גמר והקדיש ועוד דדוקא בשמע שמת בנו הוא דאמר דמתנה בטעות היא אבל אם לא היה לו בן ואח"ך נולד לו כיון דבשעה שהקדיש לא היה לו הבן בעולם לאו בטעות הוא :

י"ב שכיב מרע שנתן להקדש כו"ך ולבנו ראובן כך וכך ושאר כל נכסיו לבנו שמעון ונמלא שלא חל ההקדש לא אמרי' כיון דלא חל ההקדש יטול אותם בנו שמעון שנתן כל נכסיו מהרש"ג בספר משפטים ישרים סימן י"א עיין שם באורך :

י"ג דין י"ג הכותב לאשתו קרקע וכו' כ' הרדב"ז חלק שני סימן של"ז בראובן שהיה עליו שטר חוב ונטה למות ושלא אחר שמעון ופרע לו מקלת השטר מעות בעין והשאר נתן לו בהם יין ופסק עמו דמים והיה זה בפני אשתו וא"ל מנה לו כו"ך ושתקה ואחר שמת בא שמעון ליקח ייני עיכבה עליו אשתו ותפסה הכל דלא הוי מחילה דיכולה לומר נח"ר עשיתי לבעלי עיין שם ולכאורה קשה שהרי כתב הרא"ש בתשו' כלל מ' סימן ב' דראובן שהיה עליו שטר חוב ולאה אשתו היתה לה חצר אחת ובשעת מיתה נתנה לרחל בתה זה החצר ולא ערער ראובן ועתה תובע ב"ח לגבות חובו מהחצר וכו' וז"ל ואף על פי שראובן בעלה היה בשעת הלוואה ושמע ולא מיחה לא הפסי' בשביל זה זכותו ול"ד וכו' דהתם היינו מחילת השעבוד וכו' ועוד דבע"ח שמכר הלוה שעבודו לפניו ושתק לא הפסי' דוקא גבי כתובה אמרינן הכי כדמפ' התם מקולי כתובה שנו כאן וכולי עיין שם משמע דאין חי' בין שכיב מרע לבריא ובין נתינה למכירה דאם שתקה האשה מחלה ולא אמרי' נח"ר עשיתי לבעלי וכן כתב מהר"י ווייל סי' י"ט בשכיב מרע שרלה לחלק נכסיו וקרא לאשתו ובקש אותה ליקח סך ידוע ולמחול על מותר כתובתה וכן עשתה בפני עדים וז"ל ולא שייך לומר נחת רוח עשתה לבעלה דלא אמרי' נחת רוח עשיתי אלא היכא דזבין איהו נכסי דידיה המשועבדי' לה בכתובתה משו' דאם אינה מסכמת לדעתו אית לה קטטה בהדיה וא"ל נחת עיניך בגירושין ובמיתה אבל על מחילת כתובתה אם אינה מתרלה לו לית ליה איבה וכו' וסוגיא דתלמודא בפ' החובל דאיתתא דמחלת כתובתה לבעלה מחילתה מחילה אי נפים' כתובת' מכתובה דאורייתא ובפרק נערה שנתפתתה אמר רבא פשיט"ל מוכרת כתובתה בין לבעלה בין לאחרים יש לה כתובת בית דין מאי טעמא זוזי אנסוה מוחלת כתובתה לבעלה אין לה כתובת בית דין מאי טעמא אחולי אחלתיה וכולי אלמא דמחילתה הוי מחילה וליכא למי' דשאני הכא כיון שהיה ש"מ לא רלתה להקניטו וא"ל בכה"ג נח"ר איבר' לאו הכי דגדולה מזה איתא במרדכי בפ' זה בורר וז"ל ונשאל לראבי"ה על עסק אלמנה שלוותה בשעת מיתה ליתן מנכסיה לבן קרובה ו' זקוקים והבן שותק ועתה אחר מותה אומר שאמו לא נשבעה על כתובתה ומה ששתק שלא רלה להכעיסה והשיב נ"ל כיון שלוותה בפניו ושתק הוי כאילו הודה שיש לה ו' זקוקים בידה שאין לו חלק בהם אלמא אפילו בשתיקה בעלמא אמרינן אודויי ליה ולא אמרינן מה ששתק שלא רלה להקניט את אמו אף על פי שהוא חייב בכבודה וכולי עכ"ל נ"ל ראייה דבפי"ן גבי הכותב נכסיו לבניו וכולי אר"כ כיון שעשאה שותף בין הבנים אבדה כתובתה ופי' רשב"ם דס"ל כר"י דסגי בחדא או קבלה או כתיבה אם קבלה עליה אפי' לא כתב לה קרקע עמהם אבדה כתובתה וכ"כ הרמ"ה שם סימן קמ"ט וכתב שם ומסתברא דאם קבלה עליה אין לריך קנין דשעבוד בעלמא הוא ובמחילה סגי וכיון דקבלה עליה מאי דעבד בעלה כמאי' דמיא ל"ש במחלה לאפיה ל"ש שלא בפניה עיי"ש באורך אלמא אם קבלה מהני ולא אמרינן כיון שהיה ש"מ לא רלתה להכעיסו וכל שכן במחילה בפירוש והרב בית דוד חא"ה סימן ע' הביאו והקשה על ראבי"ה דלא מהני טענת ששתק שלא להכעים את אמו מדכתב רשב"ם בבתרא דף קכ"ו ע"ב דמה ששתק הבן לא מפני שמחל אלא שלא רלה להכעים את אביו ותי' דהתם משום דמה הנאה יש לבן שימחול מהניא טענת דשלא להכעים אבל הכא אפשר שאינו מחילה אלא דידוע הבן שיש לה בדין ו' דינרים לא אמרי' דמשו' שלא להכעים שתק עיין שם ונראה דעל מהר"י ווייל לא ק"ל מדברי רשב"ם משו' דא"ל דדוק' בבן אצל אביו או אמו כיון דחייב בכבודם אמרי' דשתק שלא להכעים' אבל באשה אצל בעלה דשתק' משו' דמחלה אבל בדברי ראבי"ה דאפילו בבן אצל אמו אמרינן דשתק משום מחילה נ"ל בין הודאה למחילה אבל מדברי מהר"י ווייל לא משמע כן דמדמה להו אהדדי ובתשו' הרא"ש מבואר דדוקא בכתו' אשה אמרו כן אבל בעלמא לא הפסיד וכן כתב הנ"י בפרק י"כ וז"ל ובדרכים אלו קולי כתובה ניהו דאף על גב דלא מחלה בהדיא אמרינן דכמי שמחלה בהדיא הוי משא"כ בב"ח עד דמחיל בהדיא לא הוי מחילה וטעמא דבעל חוב משו' דעבד ליה נייח' למיתן ליה מעותיו אבל הכא יותר משהאיש רולה לישא אשה וכו' וכ"כ בעל התרומו' שנ"ט הביאו הב"י בא"ה סי' ק"ו ע"ש אבל מלאתי להרשב"א בתשו' חלק שני סימן רמ"ה שכתב בראובן שלוה מחמת מיתה בפני אשתו לתת לשמעון ל"ג ליטרין שהיו אללו בפקדון ואשתו שתקה וז"ל אבל אם היא מחזק' בנכסים מחמת כתובת' בזה נראה שהדין עם האלמנה לפי שאין הודאתו של ראובן המת הודאה במקו' שחב לאלמנה וכו' ומה שהעדיו ששתק בין וכו' שאמרה כן אדוני כך עושה אינו רואה וכו' אלא שאמרה לפטומי מילי וכדי לעשות נח"ר לבעלי וכולי וכותב כל נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהו איני רואה שיהא לו עסק כלל כאן דהיא בשעשאה שותף בין הבנים ועל תנאי' ידועי' שיכתו' לה קרקע

קרקע ממש ושיחלק כל נכסיו ולא שייר כלום וכולי עד כאן לשונו ובירושלמי בפרק י"ן הלכה ז' אמרינן אחתי' דר' חונייא כתבה נכסה לר' חונייא לרכת וזכנת לבעלה מן דמרת אתא בעי שיעור עמיה א"ל ולמה לא תבעתיה בחייה א"ל לא בעי מעיקרא אף על פי כן אפיק ר' אמי עיין שם במפ' ונראה דמיירי במתנת שכיב מרע (א"ה עכ"מ) :

י"ד (א"ה השאלה נאבדה וזאת התשובה) :

תשובה כתב הטור סימן רנ"ג שכיב מרע שאמר נכסי לא' או שאמרו לו נכסיך למאן והשי' להם למי יהיו אלא לפ' אם ראוי ליורשו זוכה בהם משו' ירושה וכו' אבל אם הוא בנו לא עשאו אלא אפטרופוס ומהרי"ל הביאו הב"י תמה מ"ל כיון דהוי לשון ירושה והוא גופי' לא הביא אלא פירוש רשב"ם חילוק דירושה ומתנ' בההיא דלא עשאה אלא אפטרו' ע"ש ועיין במהריט"ץ סי' קפ"ב שתמה דאם כן סבירא ליה כהרי"ף הרי כ' שכיב מרע שאמר וכו' משמע באמירה לבד ואם כן אפילו בן בין הבנים לא הוי אפטרו' ולא קשה מידי שהרי מהר"י ן' מיגאש לא סבירא ליה חי' הירושה ומתנה ולא האמיר' וכתיבה ומוקי הא דאמר ריב"ב בלשון ירושה בפי' בהדי' שאמר עשהו אפטרופוס אלא שרולה שיירש ע"ש ואיכא למימר דהטור הכי סבירא ליה לזה הקשה מהרי"ל דהוא גופיה הביא חילוק רשב"ם בין הירושה למתנה וכן כתב הרא"ש רפ"ג דהא דאמר רב הונא שכיב מרע שכ' כל נכסיו לאחר אם ראוי ליורשו נוטלו משום ירושה וכולי לדברי רשב"ם ניחא דכיון דראוי ליורשו אף ע"ג דאמר נכסי לך הוי כאלו הזכיר ירושה עיין שם אבל מדברי ר' יונה בש"מ לדקל"א ע"ב נראה בהדיא דס"ל דנכסי לבני לא עשהו אלא אפטרופוס דוקא באומר לשון ירושה בפי' עיין שם וזה לשון בעל העיטור דף ל"ג ע"א והיכ' דאמר לשון ירושה ולא לשון מתנה אף על גב דנכסי לך בעלמא לשון ירושה הני מלי בשאר יורשים אבל בבנו ואשתו לא עשאו אלא אפטרופוס וכו' עיין שם הרי דס"ל דאם אמר בפירוש לשון ירושה אפילו בן בין הבנים קנה ולא הוי אפטרופוס ושמואל מיירי באומר נכסי לך דכיון דלא אמר ל' ירושה בפי' אמרי' דלא עשאו אלא אפטרו' דלא עקרי נחלה דאורייתא אלא בפירוש ולכאורה נרא"ל דהרא"ש אזיל לטעמיה שפסק בבעיא דשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו או הפקירן דכיון דלא אפשיטא אין לבטל מעשיו מכח אומדנא אלא היכא דברור לן האומדנא והביאו הטו' בסי' ר"ן ע"ש וה"נ בכותב כל נכסיו לבנו מכח האומדנ' הוא דאמרי' לא עשאו אלא אפטרו' כמו שכ' רשב"ם דף קל"א ע"ב עיין שם ודוקא כשאמר לשון מתנה דהא אומדנ' ברורה היא דלא עשאו אלא אפטרופוס אבל אם אמר נכסי לך כיון דמשמע נמי לשון ירושה הוי כאלו הזכיר לשון ירושה אבל לדעת הרמב"ם והרמ"ה שפסקו שם הנכסים בחזקת נותן קיימי הכא נמי כיון דנכסי לך משמ' נמי לשון מתנה אמרינן שמא לא עשאו אלא אפטרופוס ומספק בחזקת יורשי' קיימי אבל הא ליתא שהרי הרא"ש בבעיא דבריא היאך פסק דמוקמינן הנכסים בחזקי' נותן ולא עשאו אלא אפטרופוס וע"כ לחלק בין אומדנא זו בין לאומדנא דהתם כמ"ש בתשו' אחרת לקמן ע"ש ומכל מקו' נ"ל שהטור נמשך אחרי בעל העיטור ורבי' יונה דבנכסי לבני או יהיו כיון דלא אמר ל' ירושה בפי' אמרי' דלא עשאו אלא אפטרו' ואפשר דגם הרא"ש אחר שכ' לדעת ר"ח דרב הונא מיירי בבת בין הבנות ובאח בין האחים ה"נ אלא לפירוש רשב"ם דבן בין הבני' לעול' לא עשאו אלא אפטרופוס עד דאמר בפי' ל' ירושה ורב הונא מיירי בשאר יורשים ואלו ראה מהרי"ל דברי בעל העיטור ור' יונה היה חולק על הטור ועיין בתשובות מהרש"ך חלק שלישי סימן י"ב והביאו הכנה"ג סימן זה אות ד' ע"ש ואם כן בנ"ד שאמר כ' לנכדי והשאר לבנו לכאור' נראה דלא עשאו לבנו אלא אפטרו' כמו שפסק הטור ומרן דין י"א דאם כתב חצי נכסי לבני וחצי נכסי לבני פ' הא' הוי מתנה והשני הוי אפטרופוס על החצי לכל הבנים עי' שם וכבר כתבתי דכל שלא אמר ל' ירושה בפי' אמרי' דלא עשאו אלא אפטרופוס ואם כן המתנה של נכדו נמי בטלה דהו"ל מתנ' שכ"מ במקצת דצריך קנין וכבר כתב הרב יונה בש"מ לשם גבי בנו ואחר וז"ל היכא דק"ל כיון דבנו אפטרופ' אחר נמי היכי קני הו"ל מתנת שכ"מ במקצת וצריך קנין ויש להעמידה במצוה מחמת מיתה דקנה במקצת ואין צריכה קנין והיכא מאן דמוקי לה בקנין או בשטר הקנאה וכו' עיין שם ואם כן בנ"ד דליכא קנין ולא מצוה מחמת מיתה הו"ל מתנת שכ"מ במקצת דלא קנה וכבר כתבתי לעיל דברי הרב יונה דס"ל דשכ"מ שנתן בקנין או בשטר דאם נתן לאחר ולבנו אם לא ייפה את כחו אחר נמי לא קנה דשמא אף לבנו להקנאה גמורה נתכוין והוי מחלק כל נכסיו בקנין דלא קנה וכ"ש בלא קנין דודאי בנו אפטרופ' ואחר לא קנה ועוד דהא קי"ל דבכור עם פשוט לא מהני ל' ירושה ואם כן המתנה ממ"נ בטלה דאם הוא ל' מתנה לא עשאו לבנו אלא אפטרופ' ומתנה של נכדו הוי מתנת שכ"מ במקצת ואם ל' ירושה לא מהני בבכור עם פשוט ואע"פ שהרמב"ן בפ' תלא כ' דאם מת הבכור בחיי אביו יכול האב לבטל חלק בכורתו ונראה שכן תופס מהר"ם מפדווא סי' מ"ד עיין שם כדר כ' כנה"ג בסי' רפ"ה ובתשו' בש' עדות ביעקב סי' ע"א דקל"ב דהא מגן שויא דמהרימ"ט חולק בזה וכן נרא' מסתמיות דברי הפוסקים והסכים עמו ה' עדות ביעקב סימן ע"ב דר"י ע"ד ודחה דברי הרמב"ן עש"ב וכן הסכים ה' פני משה בתשו' ח"ג סימן והובא בתשו' בעי חיי ת"ב סי' ק"ו דקי"ב ע"ש ובש"פ מי שמת גם בכור שמכר חלק בכורתו בחיי אביו ומת דבנו מוציא מיד הלקוחות אמרי' טעמא משום דמצי אמר דמכח אבוה דאבא קאתינא ובמקום אב קאי עיין שם אלמא במקום אב עומד כאלו הוא בכור וכן כתב הרמ"ה סימן קל"ט וק"ע דהכי הילכתא עיין שם ומיהו נראה דלמאי דקי"ל דדוקא בשטר אמרינן דהוי אפטרו' אבל באמירה מתנה גמורה היא כמבואר בסימן רפ"א עיין שם גם לבנו הוי מתנה ולא אפטרופוס ומה שכ' מהריט"ץ סימן קפ"ב דל' הרי"ף שכתב דוקא בכותב אבל באומר יירשני בני ש"ד משמע דבעי תרתי אמירה ול' ירושה אבל אמירה בלשון מתנה או כתיבה בלשון ירושה לא וכ"נ מדברי הרמב"ם בפרק שני מהלכות נחלות ע"ש ליתא דז"ל בעל העיטור דל"ה ע"ב והכותב כל נכסיו לבנו וכו' בין ל' ירושה בין ל' מתנה וכו' לא עשאו אלא אפטרופ' וכו' ודוקא כותב אבל אומר כל נכסיו לאשתו וכו' בל' מתנה קנתה בל' ירושה אפילו אפטרופוס אינה ואם אמר כל נכסי לבני בין בירושה בין במתנה קנה עכ"ל וכן כתב הרמ"ה בפ' י"נ סימן קמ"ב ע"ש הרי דאין חילוק בין ל' ירושה למתנה דבכתיבה אפילו בל' ירושה הוי אפטרופ' ובאמירה אפי' בל' מתנה קנה וזה נראה מוכרח דהא אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו וכו' ובאשתו לא שייך אלא מתנה ואפ"ה משמע דוקא כותב וכן כתב הרי"ף בתשו' סימן י"ב

י"ב וז"ל הכותב כל נכסיו לאשתו בין בקנין ובין שלא בקנין לא עשאה אלא אפטרופ' ודוקא שיהא כתיב בשטר וכך אמר לנו פב"פ כתבו ותנו לפ' אשתי כל נכסי אבל אם היתה צוואה זו בלבה החזיקה בנכסים והיינו אפטרו' עכ"ל ומהרש"ך חלק שלישי סימן י"ב כתב דהרי"ף מודה בירושה דלא הוי אפטרופ' וכן כתב הרמב"ן בחי' שכן נראה דבל' ירושה נ"ל לאפטרופ' ומה שחילק הרי"ף בין כותב לאומר לא מבעי ל' ירושה אלא דמשמע וממתני' דכ"ש ל' מתנה דאפילו לרבנן דבריו קיימין ואע"פ שאין פשט לשונו מראה כן עיין שם אם כן לכ"ע באמירה אפילו בל' מתנה קנה ובל' ירושה לדעת הרמב"ן אפילו כותב קנה אבל בדברי בעל העיטור והרמ"ה מבואר דכותב אפי' בל' ירושה לא עשאו אלא אפטרו' דאין חילוק אלא בין כותב לאומר ועיין בס' תורת חסד סימן ר"מ ובס' קול יעקב בתשובות סימן ה' ועוד נראה דמ"ש הרא"ש והטור ומרן דין י"א דאם כתב חצי נכסי לבני פ' וחצי נכסי לבני פ' הא' הוי מתנה והב' אפטרופ' של החצי לכל הבנים ה"ד שיש לו בנים אחרים חוץ מאלו הב' שנתן להם המתנה דא"ל דעשאו אפטרופו' על שאר הבני' אבל בליכא אלא בני בנים שנתן להם המתנה שניהם קנו בין ריבה לא' ומיעט לא' ובין כתב לשניהם בשוה וכן ראיתי למהרח"ש חלק שני סימן יו"ד וה' כנה"ג בתשו' בסימן קס"ד עיין שם עוד כתב ה' כנה"ג שם דה"ד כשנתן חצי לזה וחצי לזה כדמשמע בהרא"ש שם מדלא כתב כל נכסי לפ' ופ' בני אם כן בריבה לאחד ומיעט לאחד דא"א לכתוב כל נכסיו לפ' ופ' בני דאם כן משמע חצי לזה וחצי לזה אמרינן דשניהם במתנה עיין שם ובזה ניחא דמרן בא"ה סימן ק"ז פסק תשו' הגאונים דאם אמר תטול בתי פ' חמשים זהובים וכו' א"ל ואשתך מה תהא עליה אמר השאר שלה של אשתו הוי מתנה גמורה כיון שהעמיד ירושת התורה אפילו בא' מיורשיו עיין שם ומ"ש הכא דהשני הוי אפטרופ' אלא דהכא שאני דמוכח כן מדלא כתב כל נכסיו לפ' ופ' בני מיהו נ"ל כוונת הרא"ש דאם כתב כל נכסיו לפ' ופלוני בני הוו שניהם אפטרו' אבל אם כתב חצי נכסי לפ' בני וחצי נכסי לפ' בני הא' מתנה דאם שניהם הוו אפטרפום הול"ל כל נכסי לפ' ופ' בני אבל השני ודאי הוי אפטרופוס בין בריבה לא' מיעט לא' בין כתב לשניהם בשוה דלא גרע מאחר ובנו דאם הטעם דהשני הוי אפטרופוס מדלא כתב כל נכסי לפ' בני ק' אימא שני נמי הוי מתנה ואם כתב נכסי לפ' ופ' בני אם יצא עליו שט"ח גובה משניהם בא' לכך פרט אותם להקדים הא' לענין אם יצא שטח גובה מן השני תחלה כדלקמן סימן רנ"ג עיין שם אלא דה"ט לא' דהוי מתנה דאם בניהם הוו אפטרופ' הול"ל כל נכסי לפ' ופ' בני ואפש' דט"ס נפל בב"י וצ"ל דטעמא דהא' הוי מתנה מדלא כתב וכולי ועיין בתשו' ה' גנת ורדים חא"ה כלל ד' סי' ז' וח' וראיתי לה' בית יעקב בתשובות סימן י"ד שכ' במי שיש לו ג' בנים וכ' נכסיו לב' בניו ולבן הג' לא כתב כלום דדמי להכותב נכסיו לבן הבנים לא עשאו אלא אפטרופ' דנלע"ד דל"ד לבן בין הבנים דה"ה לשני בנים בין הבנים מיהו אני חוכך בזה דלשון המשנה הכותב לבן בין הבנים משמע דוקא בן א' עיין שם ולא ראה מ"ש הרא"ש והטור ומרן דין י"א דאם כתב חצי נכסי לבני פ' וחצי נכסי לבני פ' הא' הוי מתנה והשני הוי אפטרפ' על החצי לכל הבני' גם הר' יונה בש"מ לבתרא דקל"א ע"ב כ' וז"ל ועובדא דמייתי לקמן דההוא דהוה שכ"מ א"ל נכסיו למאן דילמא לפ' א"ל אלא למאן אמר רב הונא אם ראוי ליורשו וכו' נראה בעיני התם ודאי בההוא עובדא לא שייך למימר לא עשאו אלא אפטרופ' שהרי בני אדם שא"ל נכסיך למאן דילמא לפ' סתם שאלתם לא על אפטרופ' שאלו לו אלא על ירושה וקנייה והודה לדבריהם במ"ש אלא למאן וכו' עיין שם וזה נראה מוכרח דעת הפוסקי' דס"ל דגם בשאר יורשים אמרינן דלא עשאו אלא אפטרופ' וז"ל הרשב"א בתשובות ח"ג סימן ק"ך וכיון שכן מתני' כשברר דבריו ורב יהודה כשלא ברר דבריו ורב הונא מסייעני דאמר שכ"מ שכתב כל נכסיו למי שראוי ליורשו מתנתו מתנה וסתמא קאמר אם ראוי ליורשו ולא חילק בין גדול לקטן ולא בן בין הבנים או בין אח ואחות בין האחים או בין האחיות והרי הרב אבן מיגש והראב"ד מסכימים על דעת זו עיין שם הרי דסבירא ליה דאין חילוק בין בנו לשאר יורשים ודוקא כשברר דבריו הוי מתנה וכן דעת מהר"י ן' מיגש והראב"ד ובאמת דמהר"י ן' מיגש בפרק יש נוחלין כתב הלא אמרינן דלא עשאו אלא אפטרופים אלא בבן בין הבנים אבל שאר יורשים כגון בת בין הבנים ואח בין האחים לא הוו אפטרופוס ודרב הונא דאמר שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר אם ראוי ליורשו וכולי דהכי מיירי עיין שם וכן כתב מהרימ"ט סימן כ"ג דמהר"י ן' מיגש מודה בזה עיין שם אבל הרשב"א בתשו' שכתבתי מבואר דסבירא ליה דאין חילוק ואם כן ההיא דנכסיך למאן וכו' נ"ל דהוי כמברר דבריו למתנה מה"ט דשהם שאלתם לא על אפטרפוס וכן כתב הרשב"א בש"מ שם וה' פרח מטה אהרן בתשובות סימן ע"ל כ' דחלוקים על הרב יונה מדלא תי' כן והסכים עמו ה' פני משה ח"ב סימן ל"ט דקפ"ח ע"ג עיין שם ואינו מוכרח דאפשר דהרי"ף ומהר"י ן' מיגש דמוקמי ההיא דרב הונא בשאר יורשים היינו למסקנא דמיירי בנכסי לך ואחריך לפ' וכו' מיהו הרמ"ה בפ' י"ג סימן קנ"ג גבי נכסיך למאן וכולי כ' וז"ל והא מילתא דלא שני ליה בין כותב לאומר לא משכחת לה אלא בבת בין הבנות ובאח בין האחים וכו' אבל בבן בין הבנים וכו' הא קי"ל דלא עשאה אלא אפטרופ' עד דאמר בל' הקנאה בודאי עיין שם וכן כתב הטור סימן רנ"ג וז"ל שכ"מ שאמר נכסי לפ' או שא"ל נכסיך למאן והשיב להם למי יהיו אלא לפ' אם ראוי ליורשו זוכה משום ירושה וכולי בד"א שנוטל משום ירושה בבת או אח או א' משאר יורשים אבל אם הוא בנו לא עשאו אלא אפטרופ' ע"ש הרי דס"ל להרמ"ה והטור דההיא דנכסיך למאן וכו' לא חשיב הוכחה ואם הוא בנו לא עשאו אלא אפטרו' וכ"נ מדברי רב האי בתשובות הגאונים שהביא מרן הב"י וז"ל שכ"מ שאמר תטול בתי חמשה זהובים וכולי וא"ל אחיו אשתך מה תתן לה א"ל השאר שלה תשובה דבריו קיימי' וכל שאר נכסיו לאשתו ולא אמרי' לא עשאה אלא אפטרו' כיון שחלק לשני בנותיו וכו' איך נאמר כי עשאה אפטרו' על בנותיו והרי נתן להם מה שחפץ וכולי משמע דאם לא נתן לבנותיו אמרי' דלא עשאה אלא אפטרופוס וכן משמע מדברי בעל העיטו' דל"ה ע"ג וד' ע"ש :

וראיתי להרב כנסת הגדולה אות כ"ח שכת' ע"ד הגאונים וז"ל ומכאן נראה דכשהמלוה השיב על שאלתם ושאלתם ודאי לא הוי ע"ד אפטרופים דגם הוא בתשובתו לא כיוון לאפטרו' אלא למתנה גמורה אבל בס' מורה לדק כתב בשם הר' יונה בחי' גבי א"ל נכסיך למאן וכו' לא שייך אפטרופים דהוא לא השיב אלא על שאלתם ושאלתם ודאי לא הויא ע"ד אפטרופ' דשמא יש

חי'

תי' בין נדון הר"י דא"ל נכסיך למאן דילמא לפ' לנדון תשובת הגאונים כששאלו לו ואשתו מה תהיה עליה עכ"ל וליתא דז"ל תשו' הגאונים שער ג' סימן א'. וא"ת שלא התחיל לומר שאר נכסי לאשתי אלא לאחר ששאלו אשתך מה תתן לה דל"ל הכי כיון שהשיב דשאר נכסי הכל לה שכבר קנתה במתנה אלא אפילו א"ל תתן שאר נכסיך לאשתך ואמר הן הרי זו מתנה גמורה כדאמרינן וכולי אלא נכסיך למאן וכו' וא"ת שלא פטר בתו הגדול' ושמא אפטרופ' עשה את אשתו אלא וכו' עיין שם הרי שכת' דאל"ל וכו' אלא אפי' וכו' והביאו ראייה מההיא דנכסיך למאן וכו' בכולה ס"ל דבבנו ובאשתו אמרי' דלא עשאו אלא אפטרופוס והרי הרמ"ה והטור סימן רנ"ג סבירא להו בההיא דנכסיך למאן וכו' דאם היה בנו לא עשאו אלא אפטרופוס ואם כן נראה שכן דעת הגאונים :

סימן רמ"ז

א' דין א' יגתנו לבנים ולבנות וכו' אבל מהר"י ן' מיגש בתשו' סימן ל"ב כתב וז"ל דכי אמרי הראוי וכו' ה"מ במאן דסדר כתם ולא פי' למאן שדרנהו וכולי אבל היכא דפריש ואמר אילו ליהוו לבני ביתאי מכי אמר הכי הא ודאי זכו להו כולהו בני ביתיה בההוא מידי והו"ל כמאן דפריש ואמר הילו ליהוו לבנאי ולבנתאי דהא בני ביתאי בני ובנותי משמע וכיון שכן בין הראוי לבנים בין הראוי לבנות פלגי להו בשוה וליכא הכא הפרש בין מתנת בריא ובין מתנת שכיב מרע עכ"ל :

ב' דין ג' וכן אין בן הבן בכלל וכו' כת' הריטב"א בספ"ג דנדרים הע"ג דבל' תורה מקרו בני בנים בנדרים הלך אחר ל' בני אדם וכו' ונסתברא דנודר הנאה מזרעו אפילו בני בנים בכלל דהכי מקרו אפי' בל' בני אדם עיין שם וכתב ה' קהלת יעקב דק"ן ע"ג ונראה פשוט דס"ל דבלשון זרע בנות נמי בכלל דבל' בני אדם נמי זרע מקרו עיין שם וכבר כתב הרשב"ש בתשו' סי' י"ב וז"ל ואם אמר לו ולזרעו הכל בכלל בן הבת ובן הבן ובת הבת כדאמרי' במס' סנהדרין מעביר בנו ובתו בהם אין לי אלא בנו ובתו בן בנו ובן בתו מנין ת"ל כי מזרעו נתן למולך אלמא זרעו משמע כלל ואפילו זרע זרעו וכן כתב הרמב"ן בחידושיו עיין שם וכן הוכיחו התו' בבתרא דקט"ו וכתב וז"ל ול"ל דהתם מיתורא דריש דא"כ הו"ל למידרש איפכא דקרא דמזרעך כתיב ברישא וכולי עיין שם ונראה דס"ל דזרעך משמע אפילו בנות כדמוכח מדברי התוס' בקידוש' דס"ו ע"ב בד"ה ולזרעו וכו' וכן אמרינן התם דף ע"ז אלא מעתה בתו של כ"ג תשתרי מי כתיב בנו זרעו כתיב וכו' אלמא אף על גב דאיכא ג"ש למעט נקבות לא ממעטינן בת של כ"ג משום דזרע משמע אפילו נקבות עיין שם ואם כן אי מיתורא יליף בני בנים הו"ל למדרש איפכא דקרא דמזרעך כתיב ברישא וקרא דמעביר בנו ובתו באם יתירא הוא דמזרעך משמע נמי בנות וע"כ אתא לבני בנים אלא משמע דזרעך כלל אפילו זרע זרעו והא דפרכינן התם בקידושין בת בנו תשתרי וכולי היינו משום דאיכא ג"ש למעט נקבות וזרעו משמע אפילו נקבות לכך מוקמינן רבוייא לבתו ומיעוט' לבת בנו ועיין בס' בית דוד סי' קכ"ד שכתב דאין הבנות בכלל והרב פנים מאירות חלק ראשון סימן ל"ז כתב דהאומר נכסי לזרעי אין הבנות בכלל עיין שם וליתא כמ"ש מיהו מ"ש הריטב"א דבל' תורה בני בנים מקרו בני' וכ"כ הרא"ש בתשו' עי' שם ק' מהך דסנהדרין מוכח דאי לאו קרא אין בני בנים בכלל וכן תניא בפרק קמא דקידושין ולמדתם אותם את בניכם אין לי אלא בנים בני בנים מנין ת"ל והודעתם לבניך ולבני בניך עיין שם אלמא אי לאו קרא אין בני בנים בכלל ובס"פ אלמנה לא אמרינן הכי אלא משום דזרעו משמע כלל אפי' זרע זרעו כמ"ש התוס' בבתרא והר"א ממיץ בספר יראים סימן ע"ט עיין שם ועמ"ש בספר ווי העמודים שם :

ג' אם אמר נכסי לקרובי לקרוב שלו יותר נותנים כגון אחיו ובן אחיו אף על גב דלענין ירושה כי הדדי נינהו נותנים לאחיו הרמ"ה בפרק ח"ה סימן כ"ג עיין שם :

ד' כתב מרן בתשו' אה"ה מדיני כתובה סימן א' על תנאי כתובה שאם תתאלמן ולא יהיו לה בנים ממנו תקח מאתים פרחים ואם יהיו לה בני' תקח כתובתה משלם ונתאלמנה והי"ל בת הטול כתובה' דבת היא בכלל בנים ודוקא כשהיו לו בנים אין הבנות בכלל והא דתנן הריני נזיר כשיהיה לי בן נולד לו בת אינו נזיר התם שאני דמן השתא אינו נודר אלא על בן זכר ולא על נקבה דהכל עלבים בה והביאו המבי"ט חלק א' סימן ק"פ והסכים עמו עיין שם וכבר כתב הרב יוסף אומן סימן ק"א דהרע"ב שם כתב דבל' בני אדם לא מקרו בן אלא זכר ולא נקבה ולא טומטום ואנדרוגינוס ע"ש ועוד דהמרדכי בפרק מי שמת בשם מהר"ם הביא ראייה דבת אינה בכלל בנים מדתנן בנזיר וכו' וכן כ' מהרימ"ט סימן ה' עיין שם ורש"י בפ' ויקומו כל בניו וכל בנותיו וכולי וכל בניהו רי"א אחיות תאומות נולדו עם כל שבט ונשאום ר"נ אומר כנעניות היו אלא מהו וכל בנותיו כלותיו שאין אדם נמנע מלקרא לחתנו בנו ולכלתו בתו עכ"ל ונראה דה"ד כשאין לו אלא בת אחת ואמר כל בנותיו כלתו בכלל כי התם וכל שכן אם אין לו בת ואמר לבתי היינו כלתו :

ד' ויש מי שאומר וכו' אבל מהר"ם בתשו' הקלרות סימן קפ"ט כ' אפילו היכא דליכא בנים אלא בני בנים מוהר בבני בנים עיין שם ועיין בס' בית דוד שכ' דלא קיימא לן כשתם אלא אם הזכיר בפי' הפרט שחולקים בו אבל אם נקט הש"ע בשהם ואחר כך וי"א וכו' דעתו לפסוק כי"א אבל בסימן ר"י כתבתי סתירה לכלל זה עיין שם גם בטור והב"י לא נמצא חולק וכבר כתב הסמ"ע בסימן ל"ה סק"י דכעין זה שכ' מרן בשם יש מי שאומר לא משום דאיכא פלוגתא :

ה' כתב מרן הב"י בשם תשו' המיי' שאם כ' שטר מתנה לבן אשתו וכתבו בו תנו לבני ש"ד וכ' הרב קהלת יעקב דהתוספות בפסחים דף כ"ד בד"ה אלא וכו' כת' דלא מצי' בכל התורה שיקרא לבן אשתו בנו ונראה דלשון תורה לחוד ולשון הדיוט לחוד ומ"ש דבן אשתו אינו קורא אותו בנו היינו בלשון תורה ע"ש ונר' דאם אין לו בן אלא בן אשתו ודאי דבן אשתו קאמר ותשובו' המיי' מיירי בהכי אבל התוספות מיירי כשיש לו בנים דלא מצינו שיקרא לבן אשתו בנו בכלל בניו כי התם ושוב ראיתי בשאלת יעב"ן סימן קס"א שם מבואר דמיירי שאין לו בנים ועיי"ש עוד :

ועיין שו"ת חיים שאל ח"א סי' נ"א שהסכים דמהר"ם מודה דבן אשתו לא מקרי בנו וגדונו בבן אשתו נתגדל בביתו כמו שכתב הרב בני אהרן עיין שם וא"כ כן סברי מהר"ם בתשו' המיי' סיים ועוד דהבעל כאשתו וקרי' ביה לא יומתו אבות על בנים :

ו' נתן מתנה לחתניו וכו' והיה לו בנות נשואות ובנו' ארוסות בקידושין נראה דלא זכו במתנה אלא חתנות הנשואות שכ' בפרשת וירא וידבר אל חתניו לוקחי בנותיו וכו' ופירש רש"י חתניו שתי בנות נשואות היו לו בעיר לוקחי בנותיו שאותם שבבית ארוסות להם וכתב הרא"ם דאם לא כן לוקחי בנותיו למה ליה הא אין נקראו' חתניו אלא לוקחי בנותיו ולמה ליה לוקחי בנותיו אלא הם הנשואות שכבר לקוחות מבית אביהם וכו' דלקיחת האשה בכ"מ היא קנין האשה לבעלה כמו כי יקח אשה ולקחה לאשה עכ"ל הרי דלא נקראו חתניו אלא הנשואות ואף על גב דנראה דאי מפ' לוקחי בנותיו הם הנשואו' שכב' לקחו מבית אביהם וכולי נ"ל מכוס דחתניו מכמע נמי ארוסית לכך מלטריך לוקחי בניתיו למעט ארוסית כבר כ' הרא"ם דלקיחת האשה היא קנין האשה לבעלה בקידו' ולוקחי בנותיו היינו ארוסות ואי לא כתיב לוקחי בנותיו חתניו לא משמע אלא הנשואות ור' אפרים שם כ' וז"ל חתן ובניך הם אמרו חתן והוא וידבר אל חתניו נראה שלהרבה חתנים קורא חתן כמו ויהי אליעזר וכו' א"נ היה לו חתן א' עמו בביתו ואותו היה לבו נמשך אחר כלתו לפיכך אמרו חתן ובניך הם אמרו חתן ובניך כלומר אותו החתן שהוא עם בניך והוא דבר אפילו עם שאר חתניו שהיו נשואים שנאמר לוקחי בנותיו עכ"ל משמע דס"ל דגם ארוסות נקראים חתניו אבל בב"ר אמרו וידבר אל חתניו וכו' כעת היו לו שתים ארוסות ובתים נשואות לוקחים אין כתיב כאן אלא לוקחי בנותיו ע"ש במהרש"י הרי דלוקחי בנותיו היינו אריסות מדלא כתיב לקוחים וחתניו הם הנשואות ולא הכריח דאם לא כן לוקחי בנותיו למה ליה דא"ל חתניו אפטרופוס לכך כתיב לוקחי בנותיו ממעט ארוסות אבל מדלא כתיב לוקחים אלא לוקחי בנותיו לרבות ארוסות אם כן חתניו הם הנשואות ומהרימ"ט סי' ל"ג נראה דסבירא ליה דחתניו אפילו ארוסות ודוקא היו ארוסות ממעט דחתניו דהבתא עיין שם ויש להסתפק אם יש לו בת ארוסה ובת נשואה ואמר נכסי לחתני לשון רבים מהו דבח"מ סימן רמ"ז קי"ל דסביב מרע שאמר נכסי לבני בלשון רבים ולא היה לו אלא בן אח' ובנות הכל לבן לבדו ואין הבנות בכלל וכן אין הבן בכלל עיין שם אלמא אף על גב דאמר בלשון רבים הכל לבן לבדו והכא נמי אף על גב דאמר לחתני כמו דקרו לבן א' בני שנאמר ובני פלוא אליאב ובני דן חשים הכא נמי קרו לחתן א' חתני וכיון דארוסות לא נקרא חתן לא זכה אלא הנשוי דחתן א' קרי חתני ור' אפרים בפ' חתן ובניך וכו' כ' הם אמרו חתן והוא וידבר אל חתניו כו' שלהרבה חתנים קורא חתן כמו ויהי אליעזר וכו':

סימן רמ"ח

א' דין א' ואחריך לפ' וכו' דוקא למי שהוא עכשיו בעולם אבל למי שאינו עכשיו בעולם לא הרא"ם בתשובו' הביאו הטור בסימן רפ"ב עיין שם ז"ל מהר"ם בתשו' הקצרות סימן ר"ה והובא בתשו' המיימו' דשייכי לסף' משפטים סימן ז' נראה שאין להאלמנה על היתומים כלום וזכו היתומים במתנה שנתנה זקנתם לאביה' ואחריו להם כמו נכסי לך ואחריך לפ' דבשמת הא' קנה שני ובלבד הבנים שנולדו כבר בשעת המתנה זכו בכל המתנה אבל הנולדים אחר כך לא דהא אין אדם מקנ' לדבר שלא בא לעולם דבשעה שנולדו הדר סודר' למחרי' וכו' עיין שם וכ"ל ראייה מדפרכי' בפרק י"ן גבי כתוב' בית דין בין למאן דאמר יסבון בין למאן דאמר ירתון הא אין אדם מקנה לדבר שאינו בעולם אלא תנאי בית דין שאני וכו' והא דמיא לנכסי לך ואחריך לפלוני ודוק' תנאי בית דין מהני:

ב' אין לשני אלא מה ששייר הא' וכו' ואפילו מכרם א' ומאותם מעות קנה אחרים אין לו בהם כלום לפי שאלו נכסים שלא היו בעולם ולא קנה הרשב"א ח"ב סימן ל"ו והביאו הרב כנסת הגדולה אות ה"י עי' שם ובפרק י"ן דף קל"ז דהגיא נכסי לך ואחריך לפלו' וירד א' ומכר ואכל וכולי כתב רשב"ם אורחא דמילתא נקט שמכר והוציא המעות בהוצאה עיין שם משמע דאפי' הם בעין אין לשני בהם כלום והרמ"ה בפרק מי שמת סימן ח"י גבי יתומים שקדמו ומכרו וכו' כתב וזה לשונו ואתמ' בתשו' לרב האי גאון דהא דאמרי' מה שמכרו מכרו לאו דמפסדי בנות לגמרי אלא בזוזי הוא דמשלמי ליה יורשים וכולי ומסתברא כוותיה דאי לא תימא הכי מה הועילו חכמי' בתקנת' ועוד אי לא מחייבי' לאהדורי זוזי אדאשמעי' מכרו ליבמעי' נתנו אלא מדלא אשמעי' אלא מכרו ש"מ דוקא מכרו דאפשר דמהדרו להו לב"ד ואי נמי אכלינהו וליתנהו דליהדרי בשעת אכילה הוא וכו' אבל נתנו דמעיקר' איכא פסידא לבנות לא וכו' עכ"ל ונראה דהכא דהגיא נכסי לך ואחריך לפלוני וירד ראשון ומכר ואכל וכו' ודאי לאו דוקא מכר דהוא הדין מתנה כמו שכ' הרא"ש בתשו' כלל פ"ד ואין חילוק בין מכר למתנה דאי לאו דעבד ליה נייחא לנפשיה לא הוה יהיב ליה ועוד אפילו לא עבד נייח' לנפשיה הוי מתנה כדאיתא בפרק י"ן ההיא איתתא דהו"ל דיקלא באראעא דרב ביבי וכולי ומרן הב"י גבי אם נתן א' במתנת בריא מרע כתב מהכא משמע בהדיא דאם נתנו במתנת בריא הוי מתנה ואין לשני אלא מה שמשייר הראשון ותמה על הרא"ש עיין שם וכבר כתב הדרישה שם דהרא"ש לא בא אלא לחדש לנו אפי' נתן לאיש דלא עבד ליה נ"ח נפשיה הוי מתנה וכולי עיין שם באורך ואם כן ברייתא נקט מכר לרבותא דרב' דאפילו עבר ואכל מוציא מיד הלקוחות וכל שכן מתנה אבל לרשב"ג אפילו ראשון נתן במתנת בריא אין לב' כלום וכן במכר אפילו המעות בעין אין לב' כלום ובא"ה סימן קי"ב גבי מזונות הבנות מבואר דאם הבנים מכרו או משכנו או נתנו אין ניזונות מהם:

ג' הג"ה ואפילו הקדישו וכו' כתב הרדב"ז ח"ב סי' ס"ז באשה שהיתה יודעת בטיב משא ומתן והרויחה ממון ולא היו לה בנים ונתנה הכל במתנה לבעל' ואחריו להקדש וז"ל ולפי שמעתי בבעל דין רוצה לדמות נדון דידן להסיא דאמרי' בפרק י"ן נכסי לך ואחריך לפ' אם הא' ראוי ליורשו אין לאחריך כלום דירושה אין לה הפסק הכא נמי כיון דבעל ראוי לירש אין להקדש אחריו כלום ודאי בורכא וכו' דדוקא בשכיב מרע אבל במתנת בריא לא אמרי' דאין לה הפסק אלא יש לשני מה ששיי' הא' כן כתב הר"ן בלי חולק וכן כתב הרמב"ם וכו' הילכך בנדון דידן שהקדישה בעודה בריאה יש לה הפסק ותו דלא אמרי' ירושה אין לה הפסק אלא בירושה של תורה אבל ירושת הבעל אינה מן התורה וכו' ותו דרוב הפוס' הסכימו דדוקא כשאמר לא' נכסי לך סתם או בל' ירוש' אבל אם פירש בהדיא בלשון מתנה יש לה הפסק וכולי ותו דלא אמרי' ירושה אין לה הפסק אלא כשאמר נכסי לך ואחריך לפ' סתם אבל אם אמר ואחריך לפ' בקנין כראוי אין אומרים אין לה הפסק וכן כתב הג"י בשם הריטב"א ודברים של טעם הם ובנ"ד נמי כיון דקיימ"ל אמירה

אמירה לגבוה כמסירה להדיוט הוי כאלו אמר ואחריך להקדש ובקנין מעכשיו עכ"ל מדברי ה' מוכח אפי' במקו' דליכא יורש אחר כגדון דידן דהבע' יורש הוא אם אמר בהדיא לשון מתנה יש לה הפסק ועיין במהרימ"ט סימן ו' שכ' דהיינו דוקא בן בין הבנים אבל כשאין לו אלא בן א' אפילו נתן לו בלשון מתנה לכולי עלמא אין לה הפסק והרב כנסת הגדולה הגב"י אות י"ב כ' דמכללות רוב גדולי האחרונים תראה שהם חולקים על זה עיי"ש ובאמת שהרמ"ה בפרק י"נ סימן ו' וסימן קכ"ו כ' דאם אין יורש אלא הוא אפילו אמר לשון מתנה בהדיא הוי לשון ירושה ואם יש יורשים אחרים ונתן לא' מהם הנוגע בחלקו בירושה הוי ירושה והיותר על חלקו בירושה הוי מתנה ויש לה הפסק עיין שם וכי האי גוונא כ' הרא"ש שם סימן ל"ה בשם אחד מהגדולים והם דברי ה"ר יונה בש"מ דף קל"ג עיין שם וכן נראה דעת מהר"ס בתשו' הקצרות סימן ר"ס והובא במרדכי בפרק י"נ שכתב וז"ל וכיון דעל בן בין הבנים אמרי' הכי וכו' כל שכן בנדון זה בבן בין הבנות ומשום דאמר בהדיא פלוני בני יטול בית זה במתנה ל"ל וכולי כיון דהלו לא אמר מידי נמי הוה ירית ליה אלא וכולי דהורע כחו נהלו אמר בלשון ירושה אי סתמא נכסי לך וכו' דס"ל כשאין לו בן אחר ואפילו נתן לו במתנה הוי ירושה כיון דבלא מתנתו יורש מאליו אבל בבן בין הבנים שנתן לו כל נכסיו אם אמר בהדיא בלשון מתנה יש לה הפסק וכן ראיתי למהרח"ש ח"ב סימן ו' ומשמע שם דרשב"ם מודה דאם אין יורש אחר אפילו אמר בלשון מתנה הוי ירושה עיין שם אבל מדברי הרשב"א סימן אלף קמ"ז משמע דאפילו כשאין לו יורש אלא בת אחת איכא מאן דאמר דבלשון מתנה יש לה הפסק עיין שם גם מדברי הריב"ש סימן קס"ז על שכיב מרע שלוה מחמת מיתה והיה לו בן ושתי בנות ונתן לבן בתורת ירושה ספרים ידועים מספרי הקדש שהיו לו ושאר כל מטלטלין ונכסיו הניח בתורת מתנה בין הבן ושתי הבנות שיחלקים בשוה חלק כחלק ושאם ימות אחד מהם שירשו והשאר בחיים ואם חליל' וחס ימותו שלשתן יהיו הנכסים מחליטין להקדש כ' וז"ל גם בשאר הנכסים שנתן לבן ולבנות בתורת מתנה יש לספק בחלק הבן כי יש מן הגאונים והרי"ף מכללם אומרים שאפילו נתן בל' מתנה כיון שהוא ראוי ליורשו הרי הוא כאלו אמר בל' ירושה וירושה אין לה הפסק אבל ר"ש והרז"ה ואחרים סוברים דכל שאמר בלשון מתנה יש לה הפסק ולא אמרו שהוא כירושה אלא באומר נכסי לך וכו' וכיון שיש בזה מחלוקת בין הראשונים חלק הבן בנכסים בחזקת היורש הבא לירש הוא ואין להקדש בחלק ההוא כלום שאין מוציאין מחזקת היורש על הספק כדי לתת להקדש עכ"ל משמע בהדיא דס"ל דאפילו בבן שאין יורש אלא הוא אם אמר בל' מתנה יש לה הפסק וכן מוכח בהדיא מדברי המבי"ט ח"ג סימן רכ"ג ומהרא"ד"ב בספר לחם רב סי' ר"ו עי' שם וכן הסכים הרב מחנה אפרים הל' זכייה סימן ע"ל עיין שם :

ומ"ש הרדב"ז דאם אמר אחריך לפ' בקנין יש לה הפסק כמ"ש הב"י וכיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט הוי כאלו אמר ואחריך להקדש בקנין מעכשיו והוא הפך תשו' הריב"ש שכתבתי דאפילו לגבי הקדש אמרינן ירושה אין לה הפסק וכן כתב הרשב"א בתשיב' הובא בב"י סוף סימן זה והוא בחלק שלישי סימן קכ"ב עיין שם וכ"כ בת"א סימן תש"ד ופסקו רמ"א ובאר אחרונים וכן פסק הרשב"ש סי' ק"ן וסימן תרכ"א עיין שם אבל ראיתי להתוס' ביבמות דל"ג בד"ה קטייה וכו' שכ' וז"ל ואור"ת דהכא אילטריך מעכשיו וכולי דאפילו בדבר שבא לעולם אי אמרינן קני בחזקה או בחליפין לאחר ל' יום ולא אמר מעכשיו לא קנה הואיל ובשעה שיש לקנין לחול דמהיום לאחר ל' יום כבר החזקה או הוחזר השודר וכו' ובפירות ערוגה לא בעי' מעכשיו לפי שאמירתו לגבוה כמסירה להדיוט דמי ותשוב כאלו מוסרם ליד הקונה לעמוד בידו ולקנותו כשיגיע הזמן שקבע וכולי עכ"ל הרי אף ע"ג דהמקנה בשודר לאחר ל' יום לא קנה עד שיאמר מעכשיו המקדש לאחר ל' יום אפילו לא אמר מעכשיו זכה ההקדש משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכאלו אמר מעכשיו דמי וכן ראיתי להר"ן בנדרים דף ל' שכ' וז"ל ומהא שמעי' דהאומר סלע זו לצדקה לאחר ל' יום דלא מלי הדר ביה דאמירה לגבוה כמסירה גמורה להדיו' דמי אבל הרשב"א כתב דאפשר וכו' דנהי דאמיר' לגבוה כמסירה להדיוט ה"מ כמסירה גרידא בלא מעכשיו אבל במסירה דמעכשיו לא דא"א שתקנה יותר אמירה ממסירה וכולי עיין שם וא"כ לדעת התוס' והר"ן דאמירה לגבוה כמסירה גמורה הכא נמי הו"ל כאלו אמר ואחריך לפ' מעכשיו דיש לה הפסק אבל לדעת הרשב"א לא חשיבא אמירה לגבוה כמסירה דמעכשיו וכן מצאתי בתשו' הרשב"א חלק רביעי סימן ל"ב וז"ל ואפי' את"ל שכל האומר לבנו נכסי לך ואחריך לפ' ונתנם ביד שליש או ליד איתו השני יש לה עתה ירושה הפסק וכו' ואם כן כל שכן בהקדש שהוא כמוסר ממש ביד הגזבר ההקדש וכי גזא דרחמנא אפ"ה אין הנדון דומה לראייה שלא אמרו אמירה לגבוה כמסירה להדיוט לענין שיהא לכל דיניו כמוסר ממש ליד הגזבר אלא לענין קנייה בלבד אמרו ולומר דאף על גב דבהדיוט לא קנה עד שימשוך או עד שיחזיק הקדש קונה באמירה בעלמא וכענין שאמרו בשכ"מ דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו שאינו כמוסר עכשיו אלא קונה כאלו מסרם בקנין בעלמא ותדע לך דאלו כמסורי' עכשיו לא היתה דייתיקי וכו' וכן לא היה חוזר אפי' עמד ותדע לך עוד דאמירה לגבוה אינה כמסירה להדיוט ממש ליד גזבר דהא קיי"ל כב"ה דאמרי יש שאלה להקדש ואלו המקדים ומסר ליד גזבר שוב אינו יכול לישאל עליו והביאו מהר"ב אשכנזי בתשו' סימן ע"ז עיין שם הרי שכ' אף על גב דאומר נכסי לבנו ואחריו לפ' ומסרו לידו יש לה הפסק בהקדש לא דאמירה לגבוה לאו כמסירה גמורה ממש וגר' דהרשב"א אזיל לטעמיה דסבירא ליה כם דאפי' אמר אחריך לפ' מעכשיו אמרינן ירושה אין לה הפסק ואם כן אף על גב דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט והוי כאלו אמר ואחריך להקדש מעכשיו בקנין לא קנה אבל לדעת הר"ן דאם אמר ואחריך מעכשיו לפ' יש לה הפסק הכא נמי בהקדש דאמירה דהוי כמסירה כאלו אמ' ואחריך מעכשיו ויש לה הפסק וראיתי להרב נתיבות משפט דף קל"ג שכתב דהרמב"ם כתב שכ"מ שאמר לאשה פנויה וכו' וכן כתב ר' ירוחם ודוקא במתנת שכיב מרע וכולי סבירא ליה דבריא שנתן במתנה נכסיו לפ' ואחריו לפ' וקנו מידו כיון דסתם קנין הוי כמעכשיו הו"ל כאלו אומר ואחריך מעכשיו לפ' דאין הא' יכול למכור ועיין בספר מולל מאם ח"א סימן כ"ז ונראה שכן דעת מרן שפסק בי"ד סימן רכ"ח נדר לצדקה בהסמכת' כגון אם אעשה דבר פלוני אתן כך וכך לצדקה ועשאו חייב ליתן ע"ש וכן פסק רמ"א לעיל בסימן ר"ז עיין שם וה"ט משום דאמירה לגבוה כמסירה גמורה להדיוט כמ"ש המרדכי בשם מהר"ס הביאו הב"י שם וז"ל מהר"ס בתשו' הארוכו'

סימן תל"ג דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט פי' כמסירה להדיוט דהיינו בקנין ובב"ד חשוב והכא נמי הכי פיר' דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו כמסירה המועלת וכו' עיין שם וכן מבואר בדברי הטור בסי' רנ"ג שמ"ב דאסמכתא קני בשכ"מ וראיתי בספר תומת ישרים סימן כ"ז בתשו' למהר"א ן' יעיש על שכיב מרע שציוה לתת לק"ק קוסטא שתי אלפים לבנים ולקהל אחר ב' אלפים לבנים שכ' דבאמירה לבד היה קונה אם לא היה הקדש בטעות וכו' וה' המחבר סימן כ"ח הק' עליו דלא אמרי' אמירה לגבוה כמסירה להדיוט אלא בקדשי מזבח או בקדשי ב"ה אבל בהקדש עניים לא כמ"ש הרשב"א בתשו' עיין שם והרב כנסת הגדולה בתשו' סימן קל"ב הקשה עליו דהרי הרשב"א עצמו סבירא ליה דבשכ"מ קנה ההקדש דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו אבל בשאר הקנאות דבעינן שימסור הממון עצמו ליד המקבל כגון המקדיש דבעינן שימסור ההקדש ליד הגבאי אפילו היה שכיב מרע לא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט עיין שם ודבריו המופים דכבר כת' הרשב"א בתשו' ח"ד סימן ל"ב דהא דאמרינן דברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמו אינו כמסור עכשיו אלא קונה כאלו מסרם בקנין בעלמא ותדע לך דאלו כמסורים עכשיו לא היתה דייתקי וכולי וכן לא היה חוזר אפילו עמד וכו' עיין שם מיהו מ"מ הוי כאלו מסרם בקנין וכל שהדיוט קונה בקנין בשכיב מרע קונה באמירה ואם כן שכיב מרע שהקדיש מעות כיון דהדיוט קונה בקנין אגב בשכ"מ קונה באמירה:

וראיתי למהר"י מיוני בתשו' מהרש"ך חלק שלישי סימן י"ב שכתב דמתשו' הרא"ש כלל ע"ט סימן ט' שכתב ואפילו אם הזכיר נתינה לבן ירושה היא כיון דראוי ליורשו וכו' נראה דס"ל דאפילו בגוון מתנה ליורש הוי ירושה ונדחק בתשו' הרא"ש כלל פ"ד דמיירי במתנת בריא דאפילו בראוי ליורשו יש לה הפסק עש"ב ועיין בהרב כנסת הגדולה אות ז' שכתב דהרא"ש והטור סבירא להו דאפילו במתנת בריא ירושה אין לה הפסק וכן כתב מהרשד"ם חא"ה סימן פ"ה ומהר"י הלוי סימן ע"ב ובהגב"י אות כ"ב תמה על מהר"ם הלוי בכ' בפשוט דמתנת בריא יש לה הפסק ולא ראה דהרא"ש והטור חולקים ע"ש ולא זכר דברי מהר"י מיוני בתשו' מהרש"ך הנז' וכן כתב מהרימ"ט סימן מ"ח על תשוב' כלל פ"א וז"ל אבל ממ"ש שם באותה תשו' וז"ל כיון שהגדול ראוי לירש לא יועיל שום תנאי וכו' ואי במתנת בריא מיירי בזה לא אמר ריב"ב דירושה אין לה הפסק דהא במתנת בריא יהיב לה כדמוכח בפ' י"ן וכן כתב הרדב"ז דאין חולק בזה כמ"ש מיהו אפשר דס"ל להרא"ש כדעת הרמ"ה שכתבתי דאם אין יורש אלא הוא אפילו אמר ל' מתנה בהדיא הוי ירושה אבל אם יש יורשים אחרים ונתן לא' יותר על חלקו הוי מתנה ולכך בכלל ע"ט דמיירי באין יורש אחר אלא הוא כ' דאפילו הזכיר נתינה לבן ירושה היא כיון דראוי ליורשו וכו' אבל בכלל פ"א דמיירי שנתן ממונו לשני בניו וריבה לזה ומיעט לזה הוי ירושה אלא מתנה אבל מדברי המבי"ט חלק שני סימן קע"ו מבואר בהדיא דאפי' בריבה לזה ומיעט לזה ס"ל להרא"ש דל' מתנה הוי ירושה עיין שם וכן מצאתי למהרימ"ט סימן ע"ד שכתב דכשאין יורש אלא הוא אפילו במתנת בריא אמרינן ירושה אין לה הפסק עיין שם ובזה ניחא מ"ש הרשב"א בתשוב' סימן אלף רמ"ו וז"ל ועוד נראה שאין לטען הזה בן ובת זולת הבת הזאת ומיד שמת האב נתרוקן כל הזכות לבת שאין אני רואה שאמר האב במתנתו שאם מת האב ירשו אחרים קאמר ולא עוד אלא שאפי' אמר כן לא אמר כלום לדעת הראשונים שאומרים שאין ל' מתנה למי שראוי ליורשו אלא ל' ירושה וכו' עיין שם משמע לדעת החולקים על הגאונים ס"ל דבל' מתנה אפי' אין יורש אחר יש לה הפסק אבל לדעת הגאונים אפילו במתנת בריא אמרינן ירושה אין לה הפסק וכש בסימן אלף ל"א כ' דבמתנת בריא דבריו קיימים וכ"כ במיוחסות סימן מ"ה עיין שם אלא דבסי' אלף ורמ"ז דמיירי באין לו יורש אחר אלא הבת דאפילו במתנת בריא אמרינן ירושה אין לה הפסק:

גם מ"ש הרדב"ז דרוב הפוסקי' הסכימו דדוקא כשאומר לא' נכסי לך סתם אבל אם פי' בהדיא בל' מתנה יש לה הפסק איברא שכן דעת רשב"ם והרז"ה והרמ"ה בפ' י"נ סימן ו' וסימן קכ"ו וכן כתב רש"י במ"ק והובא בש"מ פ' הכותב גבי נכסי לטוביה עיין שם אבל המהני עליו דהרי הגאונים והרי"ף והרמב"ם ס"ל דאפילו אמר ל' מתנה בהדיא אין לה הפסק והרשב"ש סימן תרכ"א הביא תשו' הרשב"א דס"ל הכי עיין שם ובאמת דבתשו' הרשב"א חלק שני סימן של"ד מבוא' דנראין יותר דברי האחרונים דדוקא כשאמר בל' נכסי' לך וכן כתב בש"מ לבתרא דקכ"ט עיין שם ואפשר דבתשו' שהביא הרשב"ש מיירי כשאין יורש אחר אלא הוא דבלא מתנתו הוא יורש מאליו אבל הכא מיירי כשיש יורש אחר וכתי' הרמ"ה שכתבתי לעיל אבל מצאתי לשון הרשב"א שהביא הרשב"ש בתשובות חלק שלישי סימן קכ"ט כלשון הזה דכל שנתן נכסיו לראוי ליורשו בל' ירושה או אפילו בל' נכסי לבני עיין שם אבל מ"מ דעת הגאונים והרי"ף והרמב"ם והר"ן שם דאפילו אמר בל' מתנה בהדיא אין לה הפסק וכבר כתב הריב"ש דכיון שיש מחלוקת בין הראשונים מוקמינן הנכסי' בחזק' היורשי' ולא זכה ההקדש ונמשך אחריו סי' ק"ן וסי' תרכ"א עיין שם:

גם מ"ש דלא אמרי' ירושה אין לה הפסק אלא בירוש' דאורייתא' אבל ירושת הבעל מדרבנן נראה לכאורה מלשון הטור שכ' אבל אם הוא ראוי ליורשו מן התורה שוב אינו יכול להפסיק ירושה דאורייתא וכו' אבל תמהני דהא דאינו יכול להפסיק הירושה משום דהוי מתנה עמש"ב כמ"ש רשב"ם דף קל"ג עיין שם והרמב"ם בפ' כ"ג מה' אישות ובפ"ו מה' נחלות פסק דירושת הבעל אע"פ שהיא מדבריהם עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה ואין התנאי מועיל בו אלא אם כן התנה עמה כשהיא ארוסה עיין שם במ"מ וה"נ אין לה הפסק וה"ט דהוי כמתנה עמש"ב דתנאו בטל וכן פסק הרמב"ם בספ"א מה' שמיטה ויובל דעשו חיזוק ואינו מחזיר וכן כתב מהרשד"ם חא"ה סי' קכ"ד דבכל ספק שיפול הבעל מוחזק דדינו כדאורייתא וכן כתב המבי"ט חלק שלישי סימן ב' עיין שם ועיין בהרדב"ז סימן תתקי"ג וכה"ג כ' מרן הכ"מ בפי"ב מה' אישות דכמו שאם אמר פ' ירשני במקו' שיש לו בן אינו כלום ה"נ בירושת הבעל אע"פ שהיא מדרבנן חכמים עשו חיזוק לדבריה' כשל תורה עיין שם וכן ראיתי למרן בתשובות אה"ע בדיני כתובה סי' יו"ד שכ' כיון שבת זו יורשת אין לה הפסק ומ"ש ואחריה לבניה אינו כלום שבעלה יורשה עיין שם הרי דס"ל דגם בירושת הבעל דרבנן אמרינן ירושה אין לה הפסק וגם המבי"ט סימן ש"ט שכ' דאחריה יירש פ' ולא בעלה היינו משום דמיירי במתנת בריא ומתנת בריא יש לה הפסק אבל במתנת שכ"מ מודה דבעלה יורשה משום דירושה אין לה הפסק כמ"ש ה' כנה"ג בחא"ה סי' נ"ג אות ד' עיין שם ושוב

ראיתי

ראיתי למהר"ש אלשיך סי' א"י הוכיח כן עש"ב :

וראיתי להרא"ש בפ' מי שמת סי' ע"ז שכ' דירושת הבעל דאורייתא וה' מעדני מלך שם תמה דברפ"ט דכתובו' דאוקים דירושת הבעל דרבנן ושמא משו' דאמרי' נמי שעשו לה חיזוק כשל תורה ע"ש ונעל' ממנו דהר אב"ד והרשב"א ס"ל דירושת הבעל דאורייתא והביאו ראיות כמ"ש המ"מ בפ"א מהל' נחלות ה' ח' עיין שם וכן הוכיח הרשב"א בתשובות סס"י רכ"א עיין שם וא"כ נראה שכן דעת הרא"ש וכן כתב הטור בא"ה סס"י ל"ב דאם המתנה אחר שנשאת אינו מועיל לבטל ירושה דאוריית' וכתב מרן הב"י לכאורה נר' דלא דק וכולי מיהו ה"ה כתב דבש"פ מי שמת משמע דהוי דאורייתא שכן דעת הראב"ד והרשב"א עיין שם משמע דמסקנתו דהטור הכי ס"ל דהוי דאורייתא ודברי הרא"ש בפ' מ"ש מסייעין ליה וכן כתבו התוס' בש"פ י"נ ד"ה גבי יוכל וכו' וז"ל ל"ד נקט שויה רבנן וכו' דירושת הבעל דאורייתא דהכי אמרי' בבכורות וכולי עיין שם וכן כתב ר' ירוחם נתיב כ"ג חלק ז' ע"ש מיהו הטור בסימן ס"ט כתב דירושת הבעל מד"ס וכתב ה' נתיבות משפט דקפ"ט ע"ד דר"ל כיון דעיקר ירושה היא מדאוריית' עשו לה חיזוק כשל תורה עיין שם ועיין בספר בית דוד חא"ה סימן ע"א ונ"מ ואפילו למ"ד דירושת הבעל דרבנן עשו לה חיזוק כשל תורה ולא מהני בה תנאי וה"ה דאמרי' אין לה הפסק כמ"ש ועיין בה' משנה למלך בפ' כ"א מה' מלוה בד"ה ועוד יש לחקור וכו' וזה שהקשה על ה' פני משה סי' כ"ד לק"מ דס"ל דכל ספק שיפול הבעל מוחזק דדינו כדאוריית' כמ"ש המבי"ט ומהרשד"ם :

ד' נשאל הראב"ד על מי שאמר בשעת צואה אם תפטר בתי הפנויה קודם שתנשא תזכה אחותה הפנויה בחלקה מי מהני והשיב יכול לעקור ירושת התורה מכל בניו ליתן אותה לא' מהם והואיל ויש לו בה חלק ירושה ג"כ יכול לעקור אותה בכאן משאר בנו' ויתן אותה לא' מן הבנות הפנויות הואיל וראויה ליורשו ולא תהא סופה חמור מתחילתה וכן הסכים הרשב"א ונ"ל דס"ל דלא אמרי' אין לה הפסק אלא בנותן ליורש נכסי' יותר מהראוי לו דמה שזוכה לו בירושה אין לה רשות להפסיקו אבל אם לא נתן לו אלא באמר על חלק היורש הראוי לירש ממילא שאם ימות יזכה פ' לא אמרי' ירושה אין לה הפסק ולפ"ז אם לא היה אלא יורש א' וא"ל נכסי לך ואחריך לפ' אפי' בל' ירושה יש לה הפסק וזה דבר זר מאד הכנה"ג אות ט' עיין שם וכבר כתבתי לעיל דאדרב' הרמ"ה ומהרח"ש ומהרימ"ט ס"ל דאם לא היה יורש ,אלא הוא אפילו אמר בל' מתנה בהדיא הוי ירושה ואין לה הפסק ולדברי הריב"ש והמבי"ט תלוי במחלוקת הראשונים אבל אם לא אמר ל' מתנה בהדיא לכ"ע אמרינן ירושה אין לה הפסק ובודאי דבר זר מאד לומר דס"ל להראב"ד סברא הפוכה דאפילו בל' ירושה יש לה הפסק ולכאורה נראה דס"ל דלא אמרינן ירושה אין לה הפסק אלא כשאין השני ראוי ליורשו אבל אם השני ג"כ ראוי ליורשו זכה וז"ש וראויה ליורשו וכו' ואע"פ שהרמב"ן והר"ן בחי' לבתרא דקכ"ט ע"ב הוכיחו דאפי' כשהשני ראוי ליורשו אמרי' ירושה אין לה הפסק הרי סיים הרמב"ן שם דנמצא למקצת מחברי' שאמרו דבראוי ליורשו יש לה הפסק וכן כתב בש"מ שם וכבר מהר"י הלוי סי' ס"ט דקדק מדברי רשב"ם דל"ג בברייתא ל' ירושה גבי שלישי אלא ל' מתנה בהדיא ואם כן א"ל דמיירי כשאין השלישי ראוי ליורשו אלא שתמה בזה ע"ש ואפשר דל"ג ל' מתנה בהדיא אלא ואחרי אחריך לפ' ואם כן אפשר שהיא דעת הראב"ד ומהר"ש מטראני הביאו הכנה"ג הגב"י אות כ"ו כ' דה"ד כשהשני ראוי לירש למורים ולא למקבל הא' אבל אם היה ראוי לירש גם את הראשון זכה ע"ש והכא נמי בנדון הראב"ד שהיא ראויה לירש למורים וגם לאחותה המקבל הא' אמרינן ירושה יש לה הפסק מיהו קשה דא"כ מאי מותבי' מהיא דנכסי לך ואחריך יירש פלו' ואחרי אחריך יירש פל' וכולי אימא דמיירי בראוי לשלישי לירש גם את השני אלא ודאי דלמ"ד דאמרי' ירושה אין לה הפסק אפי' השני ראוי ליורשו היינו אפי' ראוי ליירש גם כן למקבל הא' ותשו' מהר"ש מטראני הובא בשו"ת מרן אה"ע בדיני כתובה סימן יו"ד ומרן שם ס"ל הכי דאמרינן ירושה אין לה הפסק עש"ב אבל הראב"ד אפשר דס"ל דאם השני ראוי ליירש יש לה הפסק כמ"ש מיהו מדברי הרשב"א במיוחסות סימן מ"ה מוכח דס"ל דאפילו השני ראוי ליורשו אמרינן ירושה אין לה הפסק עיין שם והכא הסכים עם הראב"ד ועוד נר' דס"ל כדעת הרמב"ן דלא אמרינן ירושה אין לה הפסק אלא בנכסי לך דוקא כיון שהתחיל בירושה והנחילו בה אבל בשתק ואמר אם מתו בניו יירש פ' זכה וכן הסכים הרשב"א הביאו הב"י עיין שם וכתב מהרח"ש חלק שני סימן ו' שכ"כ דעת הרשב"א בתשובות שהביא הב"י שכת' שבש"מ שאמר תנו מנה לפ' לאחר שישא אשת פ' או לאחר שנה קנה שלא אמרו ירושה אין לה הפסק אלא בנוי שמוחזי' היורש בנכסים כגון שאמר נכסי לבני אבל במניח נכסיו סתם ליורשיו ואמר תנו מנה לפ' לאחר זמן פ' קנה עיין שם אם כן הרשב"א שהסכי' הכא עם הראב"ד ס"ל דירושה דממילא יש לה הפסק מיהו לפ"ז לא א"ש מ"ש הראב"ד הואיל וראויה ליורשו וכולי דאפילו נתן לאחר שאינו יורש קנה גם מהר"ב אשכנזי סימן ל"ג כ' דלא אמר הרשב"א אלא בשכ"מ שאמר מנה לפ' לאחר שישא פ' או לאחר זמן פ' משום דלא החזיק היורש בזה המנה כלל אבל באומר אם מתו בניו ירש פ' אין חילוק בין אמר נכסי לבני בפי' למניח סתם דמ"מ הרי הוא מוחזק בנכסים והביא ראייה מדברי הר"ן עש"ב ואם כן בנדון הראב"ד שאמר אם תפטר בתי הפנויה תזכה אחותה אמרינן אין לה הפסק כיון דכבר החזיקה בנכסים :

וראיתי להרב לחם רב סימן ר"ו באחד שהיה לו שתי בנות קטנות וכשהוא שכיב מרע צוה ואמר אם יחיו בנותיו יתנו להם שני אלפים זהובים ואם ימותו יהיו להקדש ומתו שתי הבנות ובשעת מיתה אחת מהם נתנה במתנת שכיב מרע חלקה לאמה דנר' דמ"ש אם יחיו וכולי ואם ימותו וכולי כל זמן שיחיו יהיו להם ואחר מיתה יהיו להקדש והוי כאומר נכסי לך ואחריך להקדש דגבי יורש אמרינן ירושה אין לה הפסק ואיכא פלוגתא באומר בלשון מתנה וא"כ מוקמי' הנכסים בחזק' יורשים ואין להקדש כלום ואף על גב דא"ל אם יחיו ב' בנותי יתנו לנישואין ואם ימותו קודם נשואין הוא מסלק יורשיו כיון דא"ל הכי וא"כ הכי מוקמי' הנכסים בחזקת הבת היורשת והמתנה שנתנה לאמה קיימת עיי"ש באורך מבואר דס"ל דאפילו אין לו יורש אחר ונתן לשתי בנות היורשים בשוה בלשון מתנה תליא בפלוגתא אי אמרינן ירושה אין לה הפסק או לא ומספק מוקמינן הנכסים בחזקת היורשים אבל אי מפרש אם יחיו יתנו לנישואין ואם ימותו קודם נישואין יהיו להקדש לא אמרינן ירושה אין לה הפסק ומתנתה קיימה ונראה דס"ל דלא אמרי' ירושה אין לה הפסק אלא בנכסי לך כיון שהתחיל בירוש' והנחילו

והנחילו בה אבל בשתק ואמר אם מתו בניו ירש פ' זכה והכא נמי שלא הנחיל לבנותיו הנכסים אלא לנישואין ואם ימותו קודם הנישואין יהיו להקדש זכה ההקדש וזה כנדון הראב"ד :

ה' כתב בתשו' הגאונים בשער ג' מח"ד סימן כ"א וז"ל ושאלתם ראובן מת ובשעת פטירתו צוה ונתן לבנו קטן כרם ושדה ואמר תשב אשתי בביתי ותזון ותפרנס מנכסי כל ימי חייה ולאחר פטירתה יטול בני הקטן מתנה יתר על חלקו והשאר יחלקו בשוה דינא מאי הני אהחזיק לן מילתא במפ' דלא אקני ליה אבוה לבנו הקטן מתנה אלא לאחר מיתת אמו ובדין קאמרי ליה אחיו דלאו כ"כ אמנו למחול לך ולחוב לנו ואין לו לאכו' פירות מתנתו אלא לאחר מיתת אמו ואם אכל חייב להחזי' משעה שערערו עליו אחיו אבל מאי דאכל מן קמי הכי אית לן למימר דלא הוו ידעי דינא ואית לן למימ' דחשו לכבוד אמם הילכך מאי דאכל עד שעתה דערעור אחוה עליה לית עליה לאהדורי עכ"ל וגראה דס"ל כמ"ש הטור בסימן קנ"ד סל"ה וז"ל תשובה לגאון ב' אחים שירשו קרקע מאביהם ולאחד נפל חצי החילון ובו אמת המים שממנו משקה כל הגן וכולי ומה שטען שלא ידע שהיה לו למחות לא מהימני' ליה ועוד אפילו לא ידע מחילה בטעות כי האי דלא מוכחא מילתא דבטעות הוא הוי מחיל' עיין שם הרי דסביר"ל דמחילה בטעות דמוכחה לא הוי מחילה אבל היכא דלא מוכחא שטעה הוי מחילה והכ"נ אף על גב דא"ל שטעה בדין כיון דא"ל דחשו לכבוד אמן אם כן לא מוכחא מילתא והוי מחילה ולכאורה כ' דבעל התרומות בשער מ"ט ח"ד סימן ג' שכת' וז"ל ומסתברא כי שביק ולא תבע ניהליה בההיא יתרת הוא דאין חייב להחזיר אבל אי אתי בתר הכי ואמר טופיינא יהיר' יהבית לך וטעיתי אף על פי שהוא בכדי שאין הדעת טועה ויש לנו לומר דילמא מעיקרא יהביה ניהליה בתורת מתנה וכו' אפ"ה מחזירה לו דאיהו ברי ואידך שמא וקיימא לן ברי ושמא ברי עדיף עכ"ל אלמא אפילו בטעות דלא מוכח בכדי שאין הדעת טועה נאמן לומר טעיתי משום דברי ושמא ברי עדיף והכא נמי נאמן לומר שלא ידע שהיה לו למחות מה"ט :

ו' נסתפקתי בנתן מתנה לא' ואמר אחריך לבנך ואחר בניך לפלוני מי אמרינן כיון דזוכה ליורשיו של מקבל ירושה אין לה הפסק א"ד לא אמרינן הכי אלא בראוי ליורשו לנותן אבל לא ראוי ליורשו למקבל והכי מסתברא ה' כנה"ג אות מ' עיין שם וכ"ל ראייה מדאמרינן בבתרא דקכ"ט ת"ש נכסי לך ואחריך יירש פלוני ואחרי אחריך יירש פלו' וכו' וכ"ת הכא נמי בראוי ליורשו א"ה מת שני קנה ג' הא וכו' וירושה אין לה הפסק ע"ש וא"ת אימא בראוי ליורשו למקבל וה"ק נכסי לך ואחריך יירש פלוני בנך דלא אמרי ירושה אין לה הפסק ביורש דמקבל ואפ"ה מהני ל' ירושה דגדולה מזה כתב מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סימן ע' באחד שנתן לאשתו כל נכסיו על מנת שאחר מיתתה יירשנה הנער נכדה וז"ל וא"ל דמ"ש לנער לאו כלום הוא שאין הנער יורשה אלא בתה יורשתה וכיון דנקט לשון ירושה דלא שייך בו לאו כלום הוא דא"ל כיון דנער זה אפשר לירש את זקנתו בהפקד אמו שפיר שייך בו לשון ירושה זהככים עמו רב אחר סימן ע"א דהא דבעי' ראוי לירש בשעת אמירה ה"ד בשכיב מרע שאמר פל' יירשני אבל זה שאמר ע"מ שהנער נכדה יירשנה מהני כיון שבשעת מיתתה שייך שיהיה הוא יורש בהפקד אמו ע"ש אלמא אפילו אינו ודאי יורש אחר מיתת זקנתו מהני ל' ירושה לגבי יורש דמקבל שאינו יורש של נותן כמבואר שם וכל שכן בודאי יורש למקבל אחר מיתתו דמהני לשון ירושה אבל מצאתי למהר"ש בתשוב' הקצרות סימן רפ"ג בזקן שנתן לשתי בנות בנו מתנה על תנאי שאם תמות אחת בלא זרע תירשנה אחותה שכ' וז"ל והא דקאמר ואחריה תירשנה אחותה הא לא מלי ירתה לה לא מכח המתה ולא מכח הזקן מכח המתה לא ירתה לה דאדרבה שמעון אביה הוא דירית לה דהאב קודם לכל יוצאי ירכו ומכח הזקן נמי לא ירתה דשבת בין הבנים לא אמר ריב"ב דבריו קיימים וא"כ כי אמר ואחריה תירש אחיתה הו"ל כאלו אמר ואחריה יטול המותר דלא קנה הלא יורשי המתה דהיינו אביה עכ"ל אלמא לא מהני ל' ירושה בכה"ג :

ז' נסתפק ה' כנה"ג בתשו' סי' קע"ו באשה בנתנה נכסיה לבנה ואחריו לפלוני מי אמרינן כיון דהבן ראוי ליורשה אין לאחריך במקום הבן כלום אף על גב דהבעל יורש ולא הבן מכל מקום כיון שיש לבן כתובת בנין דכרין אחר מיתת אביו מכח אמו ראוי ליורשו מקרי א"ד לא מקרי ראוי ליורשו אלא שבשעת המתנה ראוי ליורשו אבל בשעת המתנה אינו ראוי ליורשו אף שלאחר מיתת האב ראוי ליורשו לא מקרי ראוי ליורשו וזה נראה יותר עיין שם ונראה דכתובת ב"ד ירושה מן האב היא כמ"ש רש"י בר"פ מי שהיה נשוי עי' שם וכן הבכור נוטל פי שנים בכתובת ב"ד מה"ט שאינה ירוש' האם היא אלא ירושת האב כמבואר בירושלמי שם ואם אמר בן בני יירשני ובנות לא אמר כלום כמ"ש מהרשד"ם סימן שכ"ו וכן כתב הרמ"ה בפרק י"נ סימן ו' עיין שם ואם כן הכא נמי אם נתן לבן בנות ואחריו לפלוני לא מקרי ראוי ליורשו דהא טעמא משום דירושה אין לה הפסק ודוקא במתנת שכיב מרע :

ח' הג"ה ואם עשה הלואה במקו' שנהגו לדון בערכאו' של גוים וכו' והרשב"ן ח"א סי' ס"א חלק על הריב"ש עש"ב :

ט' אבל הבריא וכו' נסתפק מהריב"ל ח"ב סי' ל"ה במתנה דמהיום ולאחר מיתה דקנה הגוף מהיום והפירות לאח"מ אם היא כמתנת בריא ואמרינן ירושה יש לה הפסק ורשב"ם בפ' י"נ אדאמרי' ומודה רשב"ג שאם נתנה במתנת שכ"מ לא עשה כלום שכתב כגון דאמר מהיום ולאחר מיתה א"נ כשהיה שכ"מ נתנה וכולי יש לדחות דלאו לכל מילי השוה אותם אלא להך מילתא לחוד עיין שם והרשב"ש בסי' ק"ן כ' דהוי מתנת שכ"מ ואמרינן ירושה אין לה הפסק ודקדק מדלא כתב הרמב"ם ולא זכה בפירות עד לאחר מיתה או ולא זכה בו לאכול הפירות שהיה מבמע שקנה הגוף מעכשיו אלא כתב בלשון הזה ואינו זוכה בו ואוכל פירות עד לאחר מיתה משמע דגם הגוף לא זכה בו עד לאחר מיתה כמתנת שכ"מ ממש עיין שם ותמהני עליו שהרי הטור סימן רנ"ז העתיק ל' הרמב"ם אע"פ שקנה הגוף מחיים אינו זוכה בו לאכול הפירות עד לאחר מיתה וסיים לפיכך הגוף קונה מיד ואינו יכול לחזור בו והפירות לאח"מ ע"ש וכן מבואר בדברי הרמב"ם פי"ב מה' זכייה דין ג' הכותב נכסיו לבנו מהיום ולאח"מ הרי הגוף של בן מזמן השטר עיין שם ואף שי"ל דה"ד בבנו דדעתו קרובה אצל בנו ולא באחר וכה"ג קי"ל דאם מת האב והניח פירות מחוברים לקרקע הרי הם של בן לפי שדעתו קרובה אצל בנו משא"כ בכותב לאחר כמו שפסק הרמב"ם ומרן בסי' רנ"ז עיין שם מ"מ בנדון שלו שהיא בת יורשת איך כת'

דלא

דלא זכתה בגוף מחיים ומהריב"ל שם נסתפק מה"ט דזכה בגוף מהיום וקנין הגוף עדיף ע"ש :

יו"ד אבל הבריא וכו' כתב המח"א ה' זכייה ומתנה סימן ט"ל דמיירי באומר ואחריך לפ' דאל"כ איך זכה שני ואם כן משמע דבשכ"מ אפי' אמר מעכשיו לפ' אחריך לא אמר כלום עיין שם וליתא שהרי כתב הרמב"ם אין לשני אלא מה ששייר הא' וכו' ובדין ח' כ' ואע"פ שאין לשני אלא מה ששייר הא הכו' לא' למכור וכולי ואם עבר הא' ומכר ונתן במתנה אין השני מוציא מיד הלקוחות ואי מיירי במעכשיו השני מוציא מהלקוחו' כמ"ש המ"מ שם דין י"ב עיין שם גם מרן שכתב בש"ז ואין כל אלו הדברים אמורים אלא באומר ואחריך לפ' ולא אמר מהיום וכו' משמע דאמתנה בריא נמי קאי דלא אמר אחריך לפ' מעכשיו וכן ראיתי למהריט"א בס' נט מקושר סימן י"ב שהכריח כן דלא מיירי באומר מעכשיו אלא בק"ם וקי"ל דסתם קנין מעכשיו הוא וס"ל להרמב"ם דכיון דלא אמר מעכשיו בפי' כ"א מסתמא אמרינן דמעכשיו קאמר דאל"כ הדר סודרא למריה ולא חשיבא ליה כאומר מעכשיו בפי' אלא במקנה לא' מעכשיו גוף ופירות כל ימי חייו ומה שישייר אחריו מעכשיו לשני דתפסת מועט תפסת דבהכי סגי לקיים הקנין עש"ב והר"ן הובא בש"מ לבתרא גבי נכסי לשבתא ובתרא לירתאי כתב וז"ל ולפ"ז אפילו אמר בפי' אחריך מעכשיו לבתה לא ירית לה בעל ואי קדמה וזבנה זבינא זביני אלא אם כן נאמר דכיון דאמר מעכשיו ולא צריך לטפויי קאתי ולמימר שלא יזכה א' אלא באכילת פירות בלבד דקיימא לן כר"ע דדייק ליפנא יתירא וכן כתב הרא"ה ולא כ"ל כן דכי דייקינן ליפנא יתירא הני מילי במשייר מה שאין צריך שיור דמשייר ל"ן ליפנא יתירא דנכסים בחזקתו הן אבל כשהוא יתירא דלגבי לוקח ומקבל מתנה לא דייקינן למימר דלטפויי מילתא קאתי אלא שופרא דשטרא הוא לברר הדבר לפי שבכל דבר מסופק יד הלוק' על התחתונה ודרכו של לוקח לפ' ביותר וכולי עיין שם ואם כן נראה דהרמב"ם ס"ל כהרא"ה דבאומר מעכשיו בפי' לא זכה הא' אלא בפירות בלבד דדייקינן ליפנא יתירא אבל בקנין בלא מעכשיו הוי כמקנה לא' מעכשיו הגוף ופירות כל ימי חייו ומה שישייר אחריו מעכשיו לשני מיהו ק' ממ"ש הרמב"ם שם דין י"ב שכ"מ שאמר לאשה פנויה נכסי לך ואחריך לפ' ועמדה ונשאת בעל לוקח הוא ואין השני מוציא מיד הבעל וכו' משמע דוקא שכ"מ אבל בריא לא וכן כתב ר' ירוחם נתיב כ"ג ח"ד עיין שם והאמת הא אפילו בבריא בק"ם אין השני מוציא מיד הבעל וכן הק' ה' נתיבות משפט דקל"ג עיין שם ודוחק לומר דדוקא בק"ם אין השני מוציא מיד הלקוחות אבל באומ' מעכשיו בפי' השני מוציא מהלקוחות נקט שכ"מ משום דבבריא לפעמים השני מוציא מהלקוחות כגון שאמר מעכשיו בפי' ונראה דסבירא ליה דבעל לא שווייהו רבנן כלוקח היכא דאיכא פסידא לאחרים וכבר הק' התו' בפ' י"כ מההיא נכסי לך ואחריך לפלוני ועמדה ונשאת בעל לוקח הוי ואין לאחריך במקום בעל כלום אלמא אע"ג דאיכא פסידא לאחריך הוי בעל לוקח ותי' דמתנה שאני דאין כ"כ פסידא אם לא יקבל במתנה ע"ש ורבי' ס"ל דדוק' במתנת שכ"מ אמרו דבעל לוקח הוי להפקיע מתנת שכ"מ דרבנן אבל מתנת בריא בק"ם שהיא מדאורייתא לא שווייהו רבנן לבעל לוקח להפקיע מתנה דאורייתא להפסיד מקבל מתנה וכה"ג קי"ל במתנת שכ"מ אלמנתו ניזונת מנכסיו משום דמזונות אלמנה ומתנת שכיב מרע שרווייהו דרבנן אבל מתנת בריא שהיא דאורייתא דחי' מזונות אלמנה וה"נ דבעל לוקח הוי תקנתא דרבנן דחי' מתנת שכיב מרע דרבנן אבל מתנת בריא דאורייתא לא וקי"ל נמי דאם מכר הא' ונתן לבניו או לא' מיורשיו לא עשה כלום ואם כן ה"נ דהבעל יורשה אלא דשוייהו רבנן כלוקח דטבא ליה עבדו ליה וה"ד במתנת שכיב מרע דרבנן אבל להפקיע מתנה דאורייתא הוי כיורש ומה שמכרה לו האשה לא עשתה כלום והמקבל מוציא מיד הבעל ועיין במהרש"ך חלק שני סימן קל"ה ובתשו' מהרא"ם לרור סימן ל"ב ואח"ז ראיתי לה' מגל מחש בסוף ס' אש דת סימן כ"ז בתי' כעין מ"ש עיין שם מיהו מדברי הרשב"א בתשובות חלק שלישי סימן קי"ז שכתב על רחל שנתנה במתנה ללאה אחותה מהיום ולאחר מיתה ולאחר פטירת לאה יהיו הבתים לדינה בתה וז"ל ואפי' לבעל אין בהם כלים לאחר פטירת לאה וכו' שכיון שרחל אמרה שלאחר פטירת לאה יהיו הבתי' לדינה ובשעת המתנה היתה לאה נשואה הק' דינה ליקני הבעל לא קנה כדאמרי בכתובות וכולי עיין שם משמע דאם לא היתה נשואה זוכה הבעל דלוקח הוי אע"ג דמתנת בריא היא :

וראיתי להרדב"ז ח"ב סימן הקס"ט באלמנה שנשבע' על כתובתה ונתחייבה בל' מעכשיו לתת לבנ' כשיכנס לחופה עשרה זהב ונשאת והכניסה הנכסי' לבעל' ומתה קודם שיכנס הבן לחופה ותבע הבן את בעל אמו וכת' וז"ל הדבר ברור שאם עדיין לא הגיע הבן לחופה שאין הבן יכול לתבוע ממנו כלום כי היכי דל"מ למתבע את אמו עד שישא אשה כי לצורך נישואין נתנה לו אבל אם הגיע לחופה יש קצת מקום לשאלה כיון דבשעת חייל' המתנה אין הנותן בעולם א"ד כיון דכ' לו מעכשיו זכה הבן במתנה למפרע משעה שהיתה בעולם וכד מעיינת בה שפיר תשכח דאין על הבעל לשלם כלום דקיימא לן דבעל לוקח הוי ולא יורש והגע עצמך שמכרה האשה מי יכול להוציא מיד הלקוחות בשטר מתנה זו הכא נמי מיד הבעל אינו יכול להוציא דלוקח הוא וכו' ולפי זה אפילו היתה האשה קיימת בשעה שחלה המתנה דהיינו כשהגיע הבן לחופה לא היה יכול להוציא מן הבעל כלום וכולי וראייה מהא דאמרי' האומר לאשה נכסי לך ואחריך לפ' ונשאת האשה אין לפ' כלום לפי שהבעל לוקח ולא יורש עכ"ל ודבריו תמוהים דהא קיימא לן דאם אמר ואחריך לפ' מעכשיו ומכר הא' הב' מוציא מיד הלקוחות והכ"נ האומר לאשה נכסי לך ואחריך לפ' מעכשיו ונשאת אחריך מוציא מיד הבעל ומדברי הרמב"ם משמע דדוקא שכי"מ שאמר לאשה נכסי לך ואחריך לפ' דאין לפ' כלום אבל בריא לא וכן כת' ר' ירוחם אם כן מתנת בריא בקנין אפילו לא אמר מעכשיו אחריך מוציא מיד הבעל וכן תמהני על רב א' בשו"ת מהרשד"ם חא"ה סי' כ' דמיירי דמתנ' בריא ואפילו הכי סבי"ל דאם נשאת האשה הבעל לוקח הוי ואין לאחריך כלום ומהר"ש עוזיאל דחה דבריו מטע' אחר עיין שם ולא הרגישו דה"ד במתנת שכיב מרע אבל במתנת בריא אחריך מוציא מיד הבעל מיהו עיקר המתנ' נראה דאם העשרה זהב הם מטבע קיימא לן דאין מטבע נקנה בחליפין ונראה דהרב אזיל לטעמיה שכתב בסימן הרס"ד דלא אמרי' אין מטבע נקנה בחליפין אלא כגון שיש מטבע במקום אחר ורוצה להקנותו אין נקנה בחליפין אבל מי שקנו מידו לתת מנה לפלו' קנה לפי שנשתעבדו נכסיו לאותה מתנה וכבר הוכחתי בסימן ר"ג דלא קי"ל הכי אלא אפילו במתנה בשעבוד אין מטבע נקנה בחליפין וגם צריך שבשעת הקנין היו ברשותו עש"ב :

י"א דין

י"א דין ב' לפיכך אם נתן המעות ע"י שליש וכו' מדברי הרשב"ש בתשובות סימן תרכ"א דאפילו למאן דאמר ירושה אין לה הפסק אפילו בלשון מתנה אם נתנו הנכסים ביד שליש מודה שיעשה שליש מה שהושלש בידו וכן דעת הרמב"ם וכו' עיין שם נראה' דגרים בהרמב"ם אם נתן המעות ביד שליש או שאמר וכו' וכן כתב הסמ"ג עשין פ"ב עיין שם אם כן משמע דביד שליש אפילו במתנה סתם יש לה הפסק והרשב"א בתשו' ח"ד סי' ל"ב כ' וז"ל ואפשר למידק הכי ממתניתין דקתני האומר תנו שקל לבני בשבת וכו' אם מתו ירשו אחרים תחתיהם וכולי אין נותנים אלא שקל וכולי דא"ל אפילו כי אמר אם מתו ירשו אחרים תחתיהם מאי הוי והא א' ראוי ליורשו וכו' ואפשר לתרץ דכל שמסר ביד יכול להפסיקו וכו' עוד א"א שי"ל שאפי' אמר נכסי לפ' ואם ירשו אחרים תחתיהם ומסר ביד שליש אם א' ראוי ליורשו לא אמר כלום דירושה אין לה הפסק בשום לד והיא דתנו שקל לבני וכו' אבל הר"י הלוי ז' מיגש תי' יפה יפה וכ"כ שאלו אמר נכסי לבני לתת לא' נוה שקל בשבת אפי' אם אמר אם מתו ירשו אחרים תחתיהם לא אמר כלום אבל היכא דלא אמר אלא תנו שקל לבני בשב' אשתכח דלא אקני מנכסים אלא שקל בשבת ושאר להנהו אחרים הוא דאקני לאחר מיתת בניו וז"ש אם מתו ירשו אחרים תחתיהם עכ"ל :

י"ב לפיכך אם נתן המעות ביד שליש וכו' הרשב"ש סימן תרכ"א כת' דאפילו למאן דאמר ירושה אין לה הפסק אפילו בלשון מתנה אם נתנו הנכסי' ביד שליש מודה שיעשה השליש מה שהושלש בידו וכן דעת הרמב"ם וכו' עיין שם נראה דגרים בהרמב"ם אם נתן המעות ביד שליש או שאמר וכו' א"כ משמע דביד שליש אפילו במתנה סתם יש לה הפסק וכתב ה' בית יהודה ח"ב סי' ק"א דה"ד כשבאו ליד שליש לשם כך אבל אם היו בידו ובשעת מיתה לוה שישארו הנכסים בידו לתת כך וכך אין לו דין שליש עיין שם והיינו כמו שפ' הטור ומרן בסימן רכ"ב מלוה לקיים דברי המת וכולי והוא שנתנו עכשיו לשליש לשם כך אבל אם היו בידו קודם ולא לשם כך וכולי עיין שם והכא נמי לא חשיב אלא כשנתנו בשעת לואה לשם כך וה' משפט לדק ח"א סי' ע"ז נסתפק בזה דאפשר דלגבי מלוה לקיים דברי המת הוא דבעי' שהושלש לכך אבל הכא לא עיין שם וקלא ראייה מדברי הטור בסימן כ"ה גבי נאמנות ושליש וכו' מיהו יש לדחות וכולי עיין שם אבל מהריט"ץ סי' ל"א כ' דוקא שליש שהושלש לכך ופי' לו מה יעשה בהם ולא אפטרופוס עיין שם וכן כתב מהרש"ך חלק רביעי סי' ל"ג עיין שם :

י"ג דין ג' הג"ה נתן לראשון נכסים לעשר שנים וכו' כתב הרמב"ם בפכ"ג מה' מכירה המוכר גוף הקרקע לזמן קלוב הרי זה מכורה ומשתמש הלוקח כחפלו ואוכל וכולי וכתב הראב"ד וז"ל איני מולא מוכר לזמן שיבנה ושיהרוס אלא באומר נכסי לך ואחריך לפ' ודבר זה אינו מיושב עלי במכר שאם אמר נכסי מכורים לך במאה דינרים ואחריך לפ' בעשרי' דינרי' שנאמ' בזה אין לשני אלא מה ששייר הא' מפסיד הב' מה שנתן לו בדמים ואפ' שהיה כן כי הספ' נתן השני דמים עכ"ל ונראה דסבירא ליה דמתנה לזמן קלוב בעין יפה הוא נותן להרוס ולבנות דומיא דנכסי לך ואחריך לפ' ודוקא במכר נסתפק ודעתו נוטה קלת דבמכר לא אמרי' אין לשני אלא מה ששייר הא' ואם כן במתנה אין חילוק בין זמן קלוב לעשר שנים לאומר נכסי לך ואחריך לפ' ועיין במשנה למלך שם והנה בר"פ המגרש דפ"ג ע"ב אמרינן אמר היום אין את אשתי ולמחר את אשתי כיון דפסקא פסקא וכתב הר"ן בחי' בשם הרא"ה וז"ל כתב הרא"ה דמהא שמעי' שהנותן קרקע לחבירו גוף ופירות יום א' שזכה מקבל בקרקע לעולם וכולי עיין שם :

י"ד דין ד' וכן אם נתנם במתנת שכיב מרע וכו' בבתרא ד' קל"ז אמר ר"י ומודה רשב"ג שאם נתנו במתנת שכיב מרע לא עשה כלום וכ' רשב"ם שאם נתנו אותו ראשון במתנת שכיב מרע כגון דאמר מהיום ולאחר מיתה לא עשה כלום והשני מוליא הי נמי כשהיה שכיב מרע נתנם דשתי מתנות הללו שוות כדאמרי' לעיל איזהו מתנת בריא שהיא כשכ"מ וכולי עיין שם וק' בבתרא דקכ"ה גבי ההוא דאמר נכסי לסבתא ובתרא לירתאי אמרינן כל האומר אחריך כאומר מעכשיו דמי וכתב רשב"ם וז"ל וכיון דאמר ובתרא לירתאי דהיינו לבת היינו כמי שאמר מיד אני נותן גוף הקרקע לבתי אלא שזקנתי תאכל פירות בחייה ואחר כן תקח בתי או הבא מכחה או הנכסי' דחשיב לה רב הונא לגביה כמתנה מהיום ולאחר מיתה הילכך הויא זו הבת מוחזקת בחייה בהני נכסים וכו' מסתברא דטעמיהו דבני מערבא דחשבי להו ראוי לגבי בת ולא מוחזקת דל"ל כאומר מעכשיו דמי וכולי והילכך בעל לא ירית דאשתו לא הוי הוחזקה כלל בהני נכסי בחייה שהרי היתה הזקנה יכולה למכור לגמרי מסא"כ במתנה מהיום ולאחר מיתה וכולי עיין שם הרי וכולי (א"ה עכ"מ והדבר מבואר) :

ט"ו דין יו"ד נוטל כל כלי תשמישו וכולי הלא"מ בפ"א מהל' שאלה הק' מדין קרקעו' ודקלים דאמרינן דהוו ב' בסימן רי"ח ותי' דסבירא ליה לחלק בין מכר למתנה דנותן בעין יפה הוא נותן ע"ש וכבר כ' הראב"ד בס' תמים דעים סימן רכ"ה דמ"ד ע"ב חילק ביניהם עיין שם וכס"מ לבתרא בפ' המוכר את הבית כתב בשם ר' יונה והרשב"א אפשר אין חי' בין מכר למתנה וכן כתב ר' האי בס' המקח שער כ"ד וז"ל והיכא שמוכר מטלטלין הרי יש חילוק בין מי שאמר מטלטלין לבין שאמר כל מטלטלין כדגרסי' לענין המתנות אמר מטלטלי לפלניא כל מאני תשמישתא לבר מחטי ושערי וכולי עיין שם :

ט"ז אבל לא חטים ושעורים וכו' כגון סחורות דל' מטלטלין מסתמא לא משמע אלא כלי תשמישו עד שיפרש כל מטלטלין טור בשם הרמ"ה וכתב מהרשד"ם חא"ה סימן קפ"א דכ"ש תכשיטין כסף וזהב עיין שם ודברי הרמ"ה בפ' מי שמת סי' ק"ד ומבואר שם דאם אמר כל מטלטלין הסחורות בכלל עיין שם וכ' הרשב"ן חלק שני סימן קל"ג דמעות ודאי אינן בכלל מטלטלין מק"ו דחטי ושערי עיין שם וכן כתב ה' פני משה חלק שני סי' ל"א אע"ג דבכלל נכסי נקנה מטבע מ"מ אינו בכלל מטלטלין עיין שם וכן מלאתי להריטב"א הובא בש"מ לכתובות סוף דף פ"א שכתב דמעות דינן כמטלטלין אבל אינם בכלל ל' מטלטלי למי שנתן או מכר או שעבד מטלטלין עיין שם מיהו אם אמר כל מטלטלין דמעות בכלל וכן כתב בשו"ת נודע ביהודה סימן כ"ט דאין המעות בכלל כל החפלים דאין לך אדם חפץ יותר ממעות עיין שם משמע דאם אמר כל מטלטלין מעות בכלל ועיין בה' כנה"ג הגב"י אות כ"א ואות ס"ג :

י"ז כתב המביט סימן ק"ה בא' שאמר כל מטלטלין הבית הנמלאים בתוך הבית דמטלטלין הבית

שלא

שלא היו בבית אינם בכלל עיין שם ונראה דדוקא מפני שאמר הנמצאים בתוך הבית אבל אם לא אמר רק מטלטלין שבבית אפילו מה שלא היו בבית בשעת המתנה בכלל דמפ' דבריו מטלטלין שדרכם להשתמש בבית ה' כנה"ג בתשובות סימן קפ"ח עיין שם ול"נ דוקא התם שאמר מטלטלין הבית אם לא הוסיף הנמצאי' בבית משמע דכל מטלטלין הבית אפילו שלא היו בבית בכלל אבל כשאמר מטלטלין יש בבית משמע המצויים בבית דוקא וכה"ג כתב הרשב"א בתשובות סימן תרנ"ו עיין שם ועיין בתשובות הרשב"א חלק שני סי' ק"ב שכתב דהאומר כל נכסי המצויים אצלי וכו' למעוטי מלוה ע"פ ואפשר שאפי' הפקדון שיש לו ביד אחרים אינו מצוי אצלו עיין שם ועיין בתשובות מהר"ם גאלנטי סי' ל"ז :

י"ח כתב הראב"ד בספר תמים דעים סימן רל"ח דף ז' וז"ל וכל שכן יין ושמן ודבש וכל שאר אוכלים והא דנקט חטי ושערי רבותא קאמר דאפי' שהם נוחים למטלטל יותר משאר אוכלים ואם אמר כל מטלטלי' לפי דעתי שאר אוכלים אינן בכלל אלא חטי ושערי בלחוד אבל אם אמר נכסי לפל' יש בל' זה כל אוכלים וכו' עכ"ל הבל מדברי הרמ"ה משמע דאי אמר כל מטלט' הכל בכלל :

י"ט ואם אמר כל דמטלטל וכו' א"א דוקא כל דמטלטל בעיניה כגון ריחים אבל כל דבר שאינו מטלטל כמו שהוא אא"כ סותרים אין זה בכלל כל דמטלטל דלא אמרו אלא דמטלטל אבל נסתר ומטלטל לא אמרו הילכך שדה תיבה ומגדל וכולי הראב"ד בספר תמים דעים שם :

כ' נסתפק מהרשד"ם סי' ר"ג אם אמר כל המטלטל אם נכנסו ג"כ הספרים ומהר"ם מטראני כ' דאפילו אמר כל המטלטלין אין ספרים בכלל הכנה"ג הגב"י אות כ"ח ע"ש ובתשו' מהרשד"ם משמע דנסתפק בכ"ד שאמר מטלטלי הבית ולא אמר כל אם הספרים בכלל אבל אם אמר כל אפשר דספרים בכלל ומ"מ לא פסיטא ליה עיין שם :

כ"א דין י"ב אין קרקע נקנה אג"ק וכולי שאלה שטר מתנה אנו עדים ח"מ עמד בפנינו ה"ר פ' וכך א"ל הוו עלי עדים וקנו ממני בקש"ס וכתבו ותתמו בכל ל' של זכות ויפוי כח ואופן המועיל ותנו ביד אשתי פ' להיות בידה לראייה ולזכות שאני מודה בפניכם הודאה גמורה כמודה בפני ב"ד ברצון נפשי בלי שום אונס איך שהקניתי לה דא"ק ואגבן ואגב קנין סודר נתתי לה כל מה שיש לי תחת כל השמים מתנה גמורה מתנת בריא וכו' מלבד ד' גרוש ששיירתי לי לעצמי שיור גמור ואחר העדרי מן העולם יהיו הך' גרוש לבני אחי בתורת ירושה כמו שזיכתה להם תורתנו הקדושה והשאר הם במתנה לאשתי מהיום ולאחר מיתה מתנה גמורה וג"כ א"ל ה"ר פלוני בשעת המתנה דעו איך שאני חייב לאשתי סך מה בתורת נכסי מלוג וג"כ בנדונייתא כמש"ו בידה וכעת אני מודה בפניכם הודאה גמורה שייחדתי לה כל מה שיש לי תחת ידי כסף וזהב וכל כלי הבית וכל המטלטלין שיש לי בבית הכל ייחדתי לה עם חלקי המגיע לי בחצר בעלייה וכו' והשאר מנכסי מטלט' אג"מ בין פרקמטיא בין מעות בעין בין החובות שיש לי על הזולת הכל נתתי אותם לאשתי מהיום ולאחר מיתה וגם כל השטרות שיש לי על הזולת הרי אני מקנה אותם לאשתי קנין גמור בתורת מסירה הם וכל שעבודא דאית ליה בגווייהו הכל נתתי אותם לאשתי מהיום ולאחר מיתה וכך א"ל האי שטרא דמתנתא כתבוה בכרא וכו' ומעתה תלך האשה הנז' ותחזיק במתנה מטלטלי אג"מ מהיום ולאחר מיתה היא וכל באי כחה וכו' וקנינו וכו' עכ"ל:

תשובה נר' דהמתנה קיימת במטלטלין ומעות בעין דנקני' אג"ק וכן החובות שיש לו עליהם משכון שהרי פסק הטור ומרן סי' ס"ו ס"ח דשט"ח על המשכון מטלט' כיון שמכר לו החוב ומסר לו המטלטלי' קנה החוב שעליו במסירת המשכון אף ע"פ שלא מסר לו השטר ולא כתב לו שום דבר והם דברי התרומית שער כ"א חלק רביעי סימן ז' וז"ל ומסתברא דחוב על המשכון מטלטלין וכולי ה"נ אם הלוה עליהם בלא שטר מכי מסר המטלטלי' וכולי קנה החוב מ"ד אתשה שאם קדשה במשכון דאחרים שהיא מקודשת מפני שב"ח יש לו קצת קנין בגופו של משכון ואף על פי שאינו קונה גופו של משכון מ"מ קני ליה כנגד חובו וזה הבא אחריו זוכה במשיכתו מכח הראשון עכ"ל א"כ דינו במטלטלין שלו דנקנו בחליפין או באגב בין משכנו שלא בשע' הלואתו בין משכנו בשעת הלואתו כמו שפסק מרן בא"ה סימן כ"ח דהמקדש במשכון בכל ענין מקודשת עיין שם בב"י מיהו במשכון של גוים כ' המרדכי והובא בב"י שם דאינה מקודשת דישראל מגוי לא קני משכון כדאיתא בפ' כ"ש דהלכה כרבנן ולא כר"מ ופסקו רמ"א שם וה"נ משכון של גוים אינו נקנה בחליפין או באגב :

וראיתי למהר"ם בתשו' הארוכות סימן תקע"ה בא' שנתן לבתו מתנה ליטרא של זהב ונטל משכונו' ונתנם ביד שמעון שכתב וז"ל וא"ת על הזכייה שזיכה ראובן לבתו ביד שמעון אף אינה כלום חדא שהמשכונו' היו של גוים ועוד שלא הקנה לה בגוף המשכונות כלל וכו' ואי איכא דמק' הא דאותביה רבא לר"נ קדשה במשכון מקודשת ואוקי' במשכון דאחרים דוקא היכא דאמר התקדשי לי במשכון זה דישראל הממושכן ביד ישראל והוא שמשכנו שלא בשעת הלואתו וכדר"י אבל משכונו של גוי הממושכן ביד ישראל לא קנה דהכי קיימא לן בפרק כ"ש דישראל מגוי לא קנה משכון אא"כ א"ל מעכשיו עכ"ל משמע להדיא דמשכון של גוי ביד ישראל אינו נקנה כלל אפילו לגבות החוב מיהו מאי דס"ל לראבי"ה ומהר"ם דמשכון של ישראל ביד ישראל אינו נקנה אלא במשכנו שלא בשע' הלואתו לא קיי"ל הכי אלא אפילו משכנו בשעת הלואתו כמ"ש ועמ"ש בסי' ע"ב דין כ' ועיין בב"י בטור זה סי' רכ"ג גבי שכיב מרע שאמר הלואתי לפלוני שכ' הגמי"י בשם הרא"ש דלא קנה הלואתו של גוי אפילו יש לגוי משכון ביד ישראל דישראל מגוי אינו קונה משכו' וכתב הב"ת שם דה"ד אם נתן החובות אבל אם נתן המשכון כדי לגבות החוב קנה במתנת שכ"מ גם החוב דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים הם וכי היכא דבריא אם הקנה לו משכון בא' מדרכי ההקנאו' לגבות בו החוב קנה הכא נמי בשכיב מרע קנה באמירה והביאו הר' כנסת הגדולה הגב"י אות כ"ה עיין שם ותמהני דמדברי בעל התרומות משמע דה"ד במשכון של ישראל משום דישרא' מישראל יש לו קצת קניה במשכון דאם קדש בו אשה מקודשת אבל משכון דגוי דאם קדש בו אשה אינה מקוד' אינו נקנה בחליפי' או באגב ושוב מצאתי בתשו' מהר"י בארקי בס' בני אהרן סי' מ"ד שכ' דאף על גב דלא קנה משכון מכל מקום יש לו שעבוד ויכול למכור אותו כמבואר בטי"ד סימן קס"ט ונדחק בדברי בעל התרומות שכתב הטע' ישראל מישראל קונה משכון מ"ד אמקדש אשה דה"ד לענין דאפי' מחלו אחר כך אינו מחול דאם

לא

לא הי"ל קנין הגוף יכול למחול אבל ה' בני אהרן סי' מ"ה חלק עליו עיין שם ונראה דבנ"ד לכ"ע לא קנתה דדוקא בשנתן המשכון לגבות בו החובות קנה אבל האומ' נכסי לפלוני כתב הרב כנסת הגדולה בסימן זה הגב"י אות כ"ה בשם מהר"י ן' יעיש דחובות הגוים לא נכנסו בכלל אפילו שביד ישראל משכון עיין שם ואם כן בנ"ד שאמר והשאר מנכסי מטלטלי וכו' וכן החובות וכו' משכונו של ישראל כיון דישראל מישראל קנה משכון בכלל מטלט' הם אבל משכונות של גוים לא :

וראיתי למהר"י באסן בתשו' סי' נ"ד שפסק דמשכון אפי' של גוי נקנה בחליפין או באגב דישראל מגוי קונה משכון כמ"ש המ"מ בפ"ד מה' אמן דהרמב"ם הכי ס"ל ע"ש וליתא דרוב הפוסקים ס"ל דישראל מגוי לינו קונה משכון וכן פסק הטור ומרן בא"ח סי' תמ"א דישרא' שהלוה לנכרי על חמצו אפילו הרהינו אצלו אם לא אמר מעכשיו מותר לאחר הפסח ע"ש בב"י וכן פסק רמ"א בא"ה סימן כ"ח בהמקדש בחמצו של גוי אינה מקודשת עיין שם בב"ש ס"ק כ"ב אלמא אפי' לקולא קי"ל דישרא' לא קנה משכון ולא חיישינן לקידושין וכל שכן לענין זה דאפי' ספק נכסים בחזקת היורשים וכן פסק ה' משפט לדק חלק שלישי סימן ע"ל עיין שם ועיין מ"ש בסימן ע"ג דין י"ז על תשו' מהר"י ווייל :

אך ראיתי למהר"ם מינץ סי' ס"ו שכ' וז"ל נ"ל שבכור נוטל פי שנים אפי' במשכון של גוי וכו' ואם אמרו ישראל מגוי לא קני להתחייב באחריות היינו לגרע כח הגוי אבל לענין שיהא הישראל קרוי מוחזק ק"ו השתא ישראל מישראל קני מגוי לא כל שכן וכהאי גוונא אמרו התוס' לענין מעמד שלשתן וכולי ע"ש ואם כן הכא נמי משכון של גוי נקנה בחליפין או באגב כמו במשכון של ישראל נקנה באגב ובחליפין כיון שיש לו קנייה בגופו של משכון ה"נ משכון של גוי אבל מהריק"ו שורש קמ"ה כתב דאין הבכור נוטל פי שנים במלוה של גוי שיש עליה משכון משום דקי"ל כרבנן דאין ב"ח ישרא' קונה משכון מגוי והביא מדברי המרדכי בפרק מי שמת ופסקה מור"ם בסימן רע"ח עיין שם ונמשך אחריו ה' שארית יוסף סימן כ"ה עיין שם וא"כ החובות של גוים אפי' יש עליהם משכון לא קנתה וכן החובות של ישראל שאין עליהם משכון דאין נקנו אג"ק ולא בקנין סודר וכן השטרות צריך שיאמר קני וכו' איברא דמהרי"ל בתשוב' סימן ע"ט כתב מיהו נראה דאין לחוש כיון שנכתב בו בכל לשון של זכות וכתומ' כל שטרי מתנות כדפ' רב' ברוך עיין שם וכן כתב הרב כנסת הגדולה סימן ס"ו אות ט' בשם מהרע"י בתשו' כ"י והסכים עמו מהרח"ש עיין שם מיהו כבר הובאה תשו' מהרע"י במהרח"ש חלק שני סימן כ"א וז"ל וא"ל כיון שכתב בשטר המתנה כתבו וחתמו בכל ל' זכות ויפוי כח הו"ל כאילו כתוב בשטר קני וכולי דהא כתוב בשטר להיות לעדות ולראיה וכולי משמע דלא כתב השטר שלוה לכתבו בכל היפוי ול' של וכו' הרי דס"ל דלשון של זכות ויפוי כח לא מהני כשכת' להיות לעדו' ולראייה אלא דמהרח"ש שם חלק עליו וס"ל דגם בכה"ג מהני עיין שם וכן פסק מהרא"ח סי' ע"ז במתנה אג"ק וכתב בסוף והכל כהגון וכתי' חז"ל ככל המתנות הנהוגות בישראל וכו' דלא קנה החובות והשטרו' עיין שם וכבר הרב כנסת הגדולה בסימן ר"ג אות מ"ח ובתשו' סימן קס"ד דף קל"ז מסיק דאפילו בלשון כהוגן וכתי' חז"ל כיון דאיכא פלוגתא הממע"ה וכל שכן בלשון זכות ויפוי כח עיין שם :

וראיתי למהריק"ש שכת' בתשו' סימן ז' וז"ל ועדיין נשאר מקום עיון בענין החוב במה נקנה במתנה דהא איכא פלוגתא דרבוותא אם מתנה מהיום ולאחר מיתה חשיבא כמתנת בריא או כמתנת שכיב מרע וכו' והמרדכי בפרק קמא דמליעא כתב ופסק ר' מאיר דאף הבריא שאמר ינתן לפ' כך וכך אם ימות זה נקרא מלוה מחמת מיתה וקנה וכו' והשתא בשלמא למאן דאמר דנותן מהיום ולאחר מיתה הוי מתנת שכיב מרע שדבריו ככתובים וכמסורים דמו ניחא וכו' אבל למאן דאמר דהוי מתנת בריא לא אפשר למקני' אלא בכסף ומסירה וכולי ונראה דכיון דפלוגתא היא אי הוי מתנת בריא או מתנ' שכיב מרע וזה מוחזק בחוב שעליו כמתנת שכ"מ דיינינן ליה לגבי תרוויהו עי"ש :

אבל צריך לברר אם זכתה האשה בשאר קרקעו' דהא קיימא לן דאין קרקע נקנה אגב קרקע ולכאו' נראה דקנתה שהרי כתב הריב"ש סימן שמ"ה וז"ל אלא אם כן נאמר שאף אם לא יועיל מדין האגב יועיל מן הדין בקנין ממ"ש בל' השטר ואגבן נתתי לה בקנין שלש כך וכך שתגבה מנכסי וכו' וכן אם היתה כוונתו שבק"ש נתן לה דא"ק ואגבן שעבד לה נכסיו לכך וכך היה לו לכתוב נתתי לה דא"ק בקש"ס ואגבן נתתי לה וכו' אלא שהסופר הזה ארכבה אתרי רכשי למתנה זו לאגב ולק"ס וכולי עיין שם והכא נמי שכ' שהקניתי לה דא"ק ואגבן ואגב קנין סודר נתתי וכו' א"כ נתן כל הנכסים באג"ק ובק"ס וקרקעות דלא נקנו באגב נקנו בק"ס והמבי"ט סימן רע"ט כתב דה"ד באמירה אבל אם כתב לו שטר שהקנה לו באגב קנה בשטר וכן אם אמר ג"כ שיזכה ויחזיק וכו' קנה כמו שכתב הרא"ש בתשוב' דיחזיק הוא לשון מתנה ועוד דה"ד כשהקנה הדא"ק בכסף ובשטר ובחזקה אבל כשהקנה דא"ק בק"ס ואגבו יקנה קרקע אחר קנה הכל בשעה א' עיין שם בהורך והביאו הרב כנסת הגדולה בסימן ר"ב הגב"י אות י"ט וכ' וכ"א וכ"כ מהר"ם קאסטרו בתשו' כ"י דקנה בשטר עיי"ש ובאמת דבתשו' הריב"ש שם הכריח דאפילו בשטר וקנין לא וכן משמע בתשו' הרשב"א שהביא הב"י סימן זה וכבר תמה הרב בית יהודה סימן ס"א עיין שם גם מרן בתשו' בש' אבקת רוכל סימן ל"ח נשאל בנדון המבי"ט ומבואר דס"ל דאפילו בק"ס ושטר לא קנה אלא שקיים המתנה מלשון אחר וז"ל ועל מה שהקנית שלש הבתים אגב דא"ק ואין קרקע נקנה אגב קרקע יש לומר שאף על פי כן קנת' מפני מלבד לשון זה של הקנאת אגב יש לשונות אחרים של מתנה בשטר זה ויש לפרש דלא קיימי אקנין אגב אלא אק"ס שכתוב בסוף השטר שהרי כת' ותחזיק והוא ל' מתנה וכו' עיין שם וזה קרוב לטעם ב' של המבי"ט אבל הרשב"א ח"ב סימן ת"ה בשטר שכתוב בו מעכשיו תלך ותחזיק בכל הקרקעות ובכל הזהובים משלי חזקה גמורה ותזכה בכל זכייה גמורה ותירש ותורים וכולי כת' דאין הקרקעות נקנים אג"ק עיין שם אפ' דמיירי כשלא יש קנין אבל אם יש קנין אמרי' דלשון אחר של מתנה לא קאי אקנין אגב אלא אק"ס שכ' בסוף השטר וכ"ש בנדון דידן שכתב אגב דא"ק ואגב ק"ס וכולי דארכבה אתרי ריכשי לאגב וק"ס דמעות בעין דאין נקנים בחליפין מקנה אגב דא"ק והקרקעות דאין נקנים אג"ק מקנה בק"ס כמ"ש הריב"ש ומרן בתשובות שם :

אבל יש להסתפק בלשון זה אגב ק"ס דמשמ' שהקנ' לה הסודר והקנה לו הכל מטלטלים ומקרקעי אגב שהקנה לה גם כן הסודר ואנן בעי' כליו של קונה

ולא

ולא בכליו של מקנה ובמליעא ד' ע"ז פרכי' וללוי דאמר בכליו של מקנה הא קני ארעא אגב גלימא אם כן הוה ליה נכסים שיש להם אחריות נקנים עם נכסים שאין להם אחריות ואנן איפכא תנן וכולי מי סברת גלימא מקניא ליה בההיא הנאה דקא מקבל מיניה גמר ומקני ליה וכו' רש"י מי סברת דאמ"ל אגב וכולי עיין שם אם כן אם א"ל אגב ללוי לא קנה דאין קרקע נקנה אגב מטלטלין וכי האי גוונא אמרי' בפרק קמא דקידושין וה' קהלת יעקב דף קי"ח ע"ג סימן ה' כ' מדאמרי' במליעא דמ"ו וא"א מטבע נקנה בחליפין נקנו ליה מעות להאיך אגב סודר וכו' נראה דגם ל' אגב הוא על מה שנתן הקונה דקי"ל כמ"ד בכליו של קונה וג"מ לשטר מתנה שכת' בו קינו בקנין אגב סודר עיין שם אבל הריטב"א הובא בש"מ שם כ' וז"ל וק"ל לפום סוגיין משמע משום דליכא סודר הפירות הא אית ליה סודר מקני ליה בחליפין והא קי"ל דבעי' כליו של קונה ויש לומר שהקונה לא היה רוצה לתת כלי שלו בהערמה זו אלא שיתן לו בעל הפירות סודר ביחזור ויקנה לו כן תי' מהר"י עכ"ל משמע דס"ל דלשון אגב סודר הוא של המקנה ומהר"א ן' חסון בס' בית שלמה סימן מ"ג נסתפק בלשון כן בלואה שכ' בה וגעשה הכל בקנין אגב סודר והביאו הרב קהלת יעקב דף קס"ב ע"ג עיין שם ונראה בנדון דידן שאמר והקניתי לה דא"ק ואגבן ואגב ק"ס וכולי משמע שהקנה לה גם כן הסודר כמו הדא"ק ואגב שניהם הקנה לה הכל וכן כתב הרב חוות יאיר סוף סימן רל"ד דמ"ש אגבן ואגב ק"ס מגרע גרע כקני את יתמור. עיי"ש ומדברי מהר"ס מפדוואה סימן כ"ו בלוואה שכ' בה וקנו ממני בקנין גמו' אגב סודר וכו' שנדחק להסיר תלונת הקנין עיין שם אין ראיה דחשיב ליה קנין גמור דאפי' אם היה הקנין בכליו של מקנה אמרי' שמא לא גמר להקנות אלא בקנין דשמא הוא סבר דבכליו של מקנה נמי הוי קנין כמ"ש בסימן ר"ן דין י"ז עיין שם ושוב ראיתי בספר מנחה דרבותא דף ג' שפס' הרב כן בנדון דידן ממש והר' בנו בסימן קכ"ב דף קנ"א תמה על הר"ש הגוסח ואגבן ואגב ק"ס מניתי והרשיתי וכולי דמשמע שהוא מקנה הקרקע אגב שמקנה לו הסודר וליתא דאין קרקע נקנה אג"ק וכל שכן קרקע אגב מטלטלין ועוד דק"ס הוא בכליו של קונה ולא שייך אגב אלא בכליו שלא מקנה אב לא בנאמר דאגב ל"ד הוא ור"ל דמקנה לו בק"ס עיין שם ומהר"ש לרור בספר חוט המשולש סימן ך' כ' במתנה שכ' בה מקרקעי אגב מטלטלין דבטלה ולא תלי' הטעות בסופר ע"ס:

ומצאתי להרשב"א בתשו' ח"ד סימן רי"ז שכ' וז"ל שאלת שטר ילא וכתו' בו ושעבדתי לך מקרקעי אגב מטלטלין ויש מי שאומר דלא נשתעבדו הקרקעו' לפי שלא שעבדם אלא אגב מטלטלין ויש מי שאומר שזה נר' כטעות ידי סופר ועוד דמן הסתם כל נכסיו משועבדים לו הדין עם מי תשו' הדין עם הב' שאמר כהלכה דאפי' אין כתוב בו אחריות הא קיימא לן דאחריות טעות סופר וכל שכן זה שכבר פי' שהוא משעבדן לו ואף ע"פ שאמ' שהוא משעבד לו אגב מטלטלין לא גרע משעבוד סתם שאלו לא היו קרקעות משועבדים מן הסתם אלא אם כן פי' היה בדין לומר שלא נשתעבדו עכשיו לפי שלא שעבד' לו כראוי אבל עכשיו שמן הסתם משועבדים אף כשאמר אגב וכולי דלשעבוד זה מהכא הרי נשתעבדו לו ממילא ועוד כי זה ודאי נראה כטעות ידי סופר דמי איכא מאן דאמר דלא ידע שאין קונין מקרקעי אג"מ אלא ודאי טעו' סופר הוא לגבי שעבוד קרקעות מיהא עכ"ל ונר' דהכא כמי במתנה אמרי' דטעות סופר הוא דמי לא ידע שאין קונים קרקע אגב מטלטלין:

כ"ב דין י"ג אם מתנת שכיב מרע היתה קנה וכו' הש"ך תמה כיון דשייר ליורשיו ה' זהובים הוי מתנת שכ"מ במקצת ובעינן כתיבה ומסירה עיין שם ונראה דמה ששייר ליורשיו ולא נתנו לא חשיב ממון שלו להחשיבו שיור רק בחזקת היורשים כמ"ש הר' כנסת הגדולה בסימן ר"ן אות ט"ל בשם מהר"א מוטל עיין שם וכן מבואר בדברי הרמ"ה בפ' מי שמת סי' מ' במשנה שכיב מרע שכתב כל נכסיו שייר קרקע כל שהוא מתנתו מתנה וכולי ואף על גב דלית ביה כדי פרנסתו א"ל דלהכי שייריה לאתזוני מניה זמן מועט עד דרווח מידי אחרינא הילכך הו"ל כמתנת בריא וכו' וכ"ת וכי שייר כמי מאי הוי דילמא כי שייר לאו לנפשיה שייריה למסמך עלוויה אלא ליורשים דהא דשייריה לאוקמא ביה נחלה דאורייתא ל"ק בשט' מתנה כיון דמטא לידה דמקבל מתנה מחיי נותן א"כ דקנו מניה מסתמא מתנה מעליא היא ומאן דבעי לאחזוקי במתנה מחמת מיתה איהו בעי לאתוי ראיה הילכך וכו' עיין שם באורך:

כ"ג הג"ה גם החוב לא נמחל ה"ד בנותן כל נכסיו מטלטלי אג"מ והיו בכלל שטרי חובות דכיון דצריך לשון מתנה גבי המטלטלין שהם בעין דלא מהני לשון מחילה אם כן לא פלגינן דבוריה דלגבי מה שהוא בעין הוי לשון מתנה ממש וגבי שט"ח נפרש ל' מחילה אבל אם לא היו אלא שטר חוב ודאי דמהני ל' מתנה דמפרש ליה לשון מחילה ה' בית יהודה חלק שני סי' ל"ט עיין שם וכבר כתבתי לעיל בתשו' דברי מהרי"ל והרשב"ץ דאפי' אמר בדבור א' לבני ולבתו לשון מתנה פלגי' דבוריה ומפרשי' לה לבנו לשון ירושה ולבנות לשון מתנה כל א' כדינו עיין שם ואם כן נראה דהכא נמי (א"ה עכ"מ):

כ"ד שאלה שטר מתנה אנו עדים ה"מ מעידים וכולי שנכנסנו אלל ראובן ומלאנוהו מיושב בדעתו מטיב על לאו לאו ועל הן הן וכך א"ל הוו עלי עדים וקנו ממני בקם"ס וכתבו וחתמו בכל ל' של זכות ויפוי כח ותנו ביד אשתי לאה להיות בידה לראיה ולזכות איך שמרלוני הטוב ונפשי החפלה ודעתי השלימה הקניתי לה דא"ק ואגבן נתתי לה כל מטלטלין שיש לי בבית במתנה גמורה וכן כל כח וזכות שיש לי בחלק הקרקע הראוי לי מכח ירושתי וכולי הכל נתתי לאשתי מתנה גמורה באופן שכל מטלטלי הבית וכל כח וזכות שמגיע לי מקרקע אביו נתן ראובן לאשתו מ"ג שרירא וקיימת חלוטה וחתוכה כדת וכהלכה מתנת בריא מתנת שוקא מתנת פרהסיא דלא למהדר ודלא להשנאה מינה מיומא דנן ולעלם וכך א"ל האי שטרא דמתנתא כתבו בברא וכו' ומעו"מ תלך האשה ותזכה במתנה זכייה גמורה והעשה כחפלה ורלונה היא וכל באי כחה ולית מאן דימחה בידה כלל וקנינו וכו' ע"כ:

תשובה לכאורה נראה דמ"ש כל כח וזכות שיש לי בקרקע דבר שאין בו ממש הוא כמו דירת הבית בסימן רי"ב וכן כתב הרב בית יהודה סימן ס"ג עיין שם ואף על גב דרמ"א שם פ' כהרשב"א דקנין שבסוף מתקן לא קי"ל הכי כמ"ש שם מיהו המבי"ט סי' קי"ג כתב וז"ל ולכן אם הלשון וכולי שהעידו שאמ' לוי לשון מחילה ונתינה בכל כח וזכות שיש לו אין לשמעון האפטרו' של היתומים שום טענה על ראובן והחזקה של חנות היא שלו ממ"נ אם דנין שם החזקות כמו קרקע

הרי

הרי אמר ל' נתינה שהוא מועיל בקרקע כיון שהחזיק בחנות אחר כך ואם אין דניס החזקות אלו כדין קרקע אלא שעבוד בעלמא כמו חוב הרי אמר ל' מחילה שמועיל בחוב וכו' עיין שם הרי דס"ל דלשון כל כח וזכות מועיל בקרקע ולא חשיב דבר שאין בו ממש גם מהר"י באסן בתשוב' סימן ע"ו דמה שטען ראובן שמחל לו כל זכות וכל שעבוד שהיה לו בחזקת' נלע"ד שלא אמר כלום אם לא קנו מידו אפי' מחל וכו' דלא שייך כאן מחילה עי' שם ומדברי המבי"ט מבואר דה"ד אם דניס החזקות כמו קרקע אבל אם אין להם דין קרק' רק שעבו' בעלמא מהני ל' מחילה וכן כתב הרב פרח מטה אהרן חלק א' סימן ל"ב עיין שם אבל לכ"ע לא חשיב דבר שאין בו ממש וה' משפטי שמואל סימן ל"א כתב על ראובן שדר בחצר וטען שמחל ונתן לו כל כח וזכות אשר לו בחצר שהדין עם ראובן אחר שיש לו עדים שלוי מחל לו כל כח וזכות אשר לו ול"מ אם החזקות הוו מטלטלין אלא אפי' נאמר דהוו כמקרקעי כיון שיש עדים שמחל לו זכה בחזקתו ואפי' לא היה קנין באותה מחילה הא קיימא לן מחילה לא צריך קנין עיין שם ודבריו תמוהים דמחילה לא שייך בקרקע אלא (א"ה עכ"מ והשאר קרוע והדבר מובן) :

אבל יש להסתפק בכ"ד מי הוי מתנה בכל נכסיו ולא עשאה אלא אפטרופוס דאפי' נימא דאין מתנתו בקרקעות קיימי' מכל מקו' לדעתו שנתן לה כל מטלט' שיש לו בבית וכל הקרקעות אמרינן דלא עשאה אלא אפטרופוס א"ד חיישינן שמא יש לו נכסים אחרים כדקי"ל בסימן ר"ן בשכיב מרע שכתב כל נכסיו שיש לו דהוי מתנה במקלת ואם עמד אינו חוזר מה"ט דחיישי' שמא יש לו נכסים אחרים במ"ה עד שיאמר כל נכסי וכולי וכ' הרא"ש הובא בב"י שם הטעם דחיישי' מספק להוציא ממון משום דיש מתנה גמורה בקנין אלא דמחמת אומדנא הוא דאמרינן אם עמד חוזר והאי אומדנא לא אמרינן אלא היכא דברירא לן בודאי דהוי מתנה בכל נכסיו אבל היכא דמספקא לן לא אמרינן אומדנא עיין שם וה"כ לא אמרי' דעשאה אלא אפטרופוס אלא מחמת אומדנא דאין אדם מניח את בניו ונותן הכל לאשתו כמ"ש רשב"ם דף קל"א ע"ב עיין שם ואם כן לא אמרינן אומדנא זו אלא אם נתברר בודאי שנתן כל נכסיו ולא מספק ולכאורה ק"ו הוא דכותב כל נכסיו לאשתו אינה אלא אומדנ' דמוכח' היא דלא מני לה עם תלת מילי דהוו הילכת' בלא טעמ' כמ"ש המבי"ט חלק שלישי סימן ע"ט עיין שם ואם כן כ"ש דאמרינן בכותב נכסיו לאשתו דמתנה גמורה היא ומה"ט כתב הר"ן גבי בעיא דבריא שכתב כל נכסיו לאשתו וז"ל מסתברא דקנו קנין גמור דכיון דהילכתא בלא טעמא היא לא נקטי' מינה אלא מאי דפשיטא בהדיא הובא בס"מ לבתרא ריש דף קל"ב עיין שם וגם הרי"ף והרמב"ם שפסקו בהך בעיא דלא עשאה אלא אפטרופ' אפשר דמודה דכל שלא נתברר שכתב כל נכסיו חיישינן שמא יש לו נכסיו אחרים דהא בשכיב מרע נמי מ"ל בהקדיש כל נכסיו אם חוזר אם לא ופסק הרמב"ם והרמ"ה הביאו הטור סימן ר"ן דנכסים בחזקת נותן קיימי ע"ש ואפ"ה בכותב כל נכסיו חיישינן שמא יש לו נכסי' אחרים במ"ה ומקיימי' המתנה וכבר כתב הרמ"ה בפ' מ"ש סי' ל"ג גבי בעיא דהקדיש כל נכסיו וז"ל והילכך מספק הנכסים בחזקת הנותן קיימי דאלת"ה מתנה גופה דלא כתב שכיב מרע הייתי דאמרי רבנן המזמע"ה אמאי מלי הדר ביה אלא לאו ש"מ דכל כה"ג נכסים בחזקת נותן קיימי' ומ"ש מדר"ג דאמר חיישינן שמא יש לו נכסי' אחרי' במ"ה אלמא מספק מוקמינן להו לנכסים בחזקת מקבל מתנה שאני התם דלא איתברר דכותב כל נכסיו ולא מחזקי' ליה אלא בראייה עכ"ל ואם כן הכא נמי בכותב כל נכסיו לאשתו אף על גב דבבעיא דבריא מוקמינן הנכסים בחזקת נותן מכל מקום כל שלא נתברר שכתב כל נכסיו מוקמינן הנכסים בחזקת המקבל וחיישי' שמא יש לו נכסים אחרים וכהאי גוונא כתב מהרימ"ט סימן כ"ג דמספק לא מבטלינן מתנה מכח אומדנא דלא עשאה אלא אפטרופוס אלא היכא שהאומדנא ברורה כההיא דשכיב מרע שכתב וכולי עיין שם מיהו ק' על הרא"ש דהכא בבעיא דבריא פסק דמוקמי' הנכסי' בחזק' הנותן ולא עשאה אלא אפטרופוס ובבעיא דשכיב מרע שהקדיש כל נכסו פסק דהוי מתנה דאין מבטלין מעשיו מספק והפרישה בסימן ר"ן כתב טעם הרא"ש והטור שכ' דאין מבטלין מעשיו מספק דהם אזלי לטעמייהו דס"ל דאמירה לגבי עניים כמסירה דמי א"כ מה שהקדיש וחילק לעניי' באמירתו כמסרו תכף באותה שעה לידם דמי וקנו קנין גמור ואף על גב דכל דברי שכיב מרע כמסורים דמו ה"ד אם ימות הו"ל למפרע כמסורים אבל הקדש ונדר הו"ל כמסורים מחיים וכ"כ בסמ"ע שם סק"י עיין שם והרב מעדני מלך פקפק כיון דאין ההפקר לעניי' בלבד ליכא זכייה בפועל אף לעניים דאין עניים ידועים שיזכו בו דילמא יקדימו עשירים ויזכו ע"ש וכן מצאתי למהר"י וויל סימן קע"ה באלמנה שלא נשבעה על כתובתה וצוותה להת מנכסיה להקדש שכת' כענין זה וז"ל במרדכי מייתי פלוגתא דרבוותא בהא אם אלמנה שנתנה ולא נשבעה על כתובתה אם מתנתה קיימת וכו' ואם יש נפסק לומ' כיון שאמרה האשה לתת לצדקה הוי כמו איסור וס' איסור' לחומרא כדאמרינן בפרק מי שמת שהקדיש כל נכסיו מהו וקיימא בתיקו וכתב האשירי דמספק לא מבטלי' ההקדש התם דהקדש כל נכסיו בסתם איכא לספוקי דדעתו היה בין יחיה בין ימות ומחיים התחיל ההקדש ולא לאח' מיתה אבל בכ"ד דפי' האשה לאחר מיתה בהדיא א"ל של התחיל הצדקה מעולם דהנכסים בחזקת היורשי' וכו' עכ"ל משמע דס"ל דמשו' דהוי ספק איסור דס' לחומר' וה"ד התם דמחיים התחיל ההקדש אבל אם אמר לאחר מיתה בהדיא אפי' בהקדש אזלינן לקולא וכן מצאתי למהר"ס בתשו' הארוכות סימן תתקל"ח שכ' וז"ל וא"ת והא מ"ל בפ' מ"ש שכ"מ שהקדיש וכו' וקי"ל דכל תיקו דאיסורא לחומרא וא"כ הכא נמי בדין זה מספק לא ניתיב ליורשי' אלא להקדש וכו' ולק"מ דהתם מיירי בהקדש כל נכסיו בלא שיור בסתם ולא פי' בהדיא לאחר מיתה והכי מ"ל מי אמרינן וכולי אבל לגבוה גמר בלבו מיד לתת בין יחיה בין ימות וכולי עיין שם אם כן מסתמא הרא"ש בשיטת רבו מהר"ם קאי שפסק לחומרא ומחלק בין הקדיש כל נכסיו סתם לאומר לאחר מיתה בהדיא כחילוק מהר"י וויל ואם כן ניחא מה שפסק בבעיא בריא שנתן נכסיו לאשתו דנכסים בחזקת נותן דדוקא בהקדש וחילוק לעניי' פסק לחומרא משום דספק איסור וגם התחיל ההקדש מחיים אבל הרב תרומת הדשן סי' שכ"א כ' במי שפסק לחתנו ק' זהובים ומתה הבת קודם שפרע לו אך ק"ק וכו' א"כ פליג הוא אסברת אשירי בפ' מ"ש גבי שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו וכו' ואם כן בכ"ד והואיל האב כתב ונתן ודאי לחתנו דאפילו לפיר"ת לא אהני' לבטל המתנה אלא מכח אומדנא וכו' ואמאי חולקין החתן יזכה מכח מתנה ודאי שלו ולא יתבטל מכח ספק אומדנ' וכו' ע"ש

ע"ש הרי בהדיא דס"ל להרא"ש לא לגבי הקדש ועניים דוקא קאמר דה"ה מתנה להדיוט אין לבטלה מכח ספק אומדנא והרא"ש שם כתב כדפי' לעיל דהיינו גבי תוספי' שמא יש לו נכסים אחרים במ"ה דאין מבטלין המתנה מספק אומדנ' מה"ט ע"ש אלמא אפי' גבי הדיוט אמרי' הכי וכן כתב מהרא"ם ח"ב סימן א' ומהראנ"ח חלק ב' סימן ל"ד עיין שם ואפשר דלזה כוין התה"ד שכת' שם והוכיח האשירי האי סברא מן התלמוד התם ע"ש :

והרב שמחה יוסף טוב סימן ט"ו דס"א תי' דההיא דשכ"מ שהקדיש כל נכסיו הספק הוא דאפשר דגבי הקדש ליכא אומדנא דגמר והקדיש וכן בההיא דחוששים שמא יש לו נכסים במ"ה הספק הוא בעיקר האומדנא דכיו: שאין האומדנא ברורה אין מבטלין מעשיו אבל בבעיא דבריא שנתן כל נכסיו לאשתו אין הספק בעיקר האומדנא אלא הספק הוא דאף דאיכא אומדנא דמוכח דלא כיון אלא להאפטרופוס מ"מ הרי איכא הוכחה דלמתנה גמורה נתכיון מדנתן לה במתנת בריא מהיום עש"ב והתימא על מהרימ"ט סימן כ"ג בנותנה לבת בין הבנות שכתב דאפי' היה ספק אין מבטלין המתנה מכח אומדנא אלא היכא שהאומדנא ברורה והביא דברי הרא"ש עש"ב דהרי הרא"ש עצמו בבעיא דבריא לא עשאה אלא אפטרופוס והיינו משום דאין הספק בעיקר האומדנא וה"נ בבת בין הבנו' איכא אומדנא כמו בבן בין הבנים דאין אדם מניח שאר בניו ונותן לבנו ולבתו אלא דעיקר הספק הוא דאף דאיכא אומדנא דמוכחה דאינה מתנה שמא לא חש לכבודה ולא עשאה אפטרופוס ואם כן מספק אין מוציאין מהיורשים כמו בבעיא דבריא ומכל מקום בנ"ד דהספק בעיקר האומדנא אם היא מתנה בכל נכסיו ולא עשאה אלא אפטרופוס או לא אין מבטלין מעשיו :

מיהו נ"ל לחלק דדוקא התם שחל ההקדש בודאי והספק הוא כשעמד אם יכול לחזור אין מבטלין מעשיו מספק אומדנא אבל הכא דהספק הוא אם חלה המתנה או לא מוקמי' הנכסים בחזקת נותן מספק וכן מצאתי להרשב"א בתשובות סימן תרכ"ו שכתב וז"ל ואפילו למי שפוסק שם לחומרא מסתברא דהכא לקולא דהתם הוא שהקדיש הקדש בודאי אלא שאנו מסופקים לכשיעמו' אם חוזר בו אם לאו אבל כאן דמסופקים אם חל ההקדש כלל מספק אין מוציאין ממון מידי בעליו ע"ש והביאו מהר"ב אשכנזי סימן ט"ו עיין שם גם מהר"י ן' מיגש בחי' לבתרא דקע"ד כתב וז"ל נקיטי' השתא לענין שכ"מ שהקדיש נכסיו ובשעה שהקדישו אמר מנה לפ' בידי שאם אמר תנו ודאי נותנים וכולי ודוקא היכא דאמר בשעה שהקדיש' אבל אם לא אמר ליה בשעה שהקדיש' אע"ג דאמר תנו .אין נותנים דהא אמרי' לעיל בפ' מ"ש איבעיא להו הקדש כל נכסיו מהו ועלתה בתיקו וקי"ל דכל תיקו דממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע והאי מכי אקדשינהו לנכסים הא קנינהו הקדש וכי בעי למהדר השתא הוא דקבעי למהדר ולא מצי למהדר ביה אלא בראייה ברורה וכיון דהאי בעי למהדר לא מצי מהדר ביה כי אמר תנו מנה לפ' שיש לו אללי אין נותנים דאמרינן האי מהדר קא הדר ביה וכולי עכ"ל הרי שכתב דמספק אינו יכול לחזור מה"ט דכיון דכבר חל ההקדש הא קי"ל דבספק ממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע ומספק אין מוציאין מיד ההקדש דכבר קנה אבל הכא בבעיא דבריא פסק לקולא דלא עשאה אלא אפטרופוס עיין שם דקל"א וא"כ נראה דלא פסק הרא"ש דאין מבטלין מעשיו מספק אלא התם דודאי חל ההקדש והספק הוא אם יכול לחזור אח"ך כשעמד אבל הכא דהספק הוא אם חלה המתנה או לאפטרופוס נתכוון מוקמינן הנכסים בחזקת נותן מספק וכה"ג תי' ה' משפט לדק חלק ראשון סימן י"ז ומהר"א ן' חסין בתשובות מהרא"ש חלק שני סימן א' עיין שם ושוב ראיתי למהר"א בס' מגיד מראשית סוף סימן ז' שכ"כ וחלק על מהרימ"ט ושוב מצאתי לה' פרח מטה אהרן חלק חמישי סימן על ה' דעמו והוא ה' עדות ביעקב סימן ס"ג עש"ב וכן מצאתי לו סימן א' שתי' כן והביא ראייה מתשו' הרשב"א וכן כתב מהרא"ת בס' נתיבות משפט דל"ו ע"ב וכן כתב ה' מח"א ה' לדקה סימן ד' עיין שם ועיין בס' בני חיי סימן רנ"ח עי"ש :

כ"ה שאלה שטר מתנה שנתן א' לאשתו חזקת החצר שלו לפירותיה מהיום ולאחר מיתה ואם נשאת לאחר או מתה תהיה החצר לבני' שיהיה לו ממנ' עבר ועתיד וקנינו וכולי :

תשובה לכאורה נראה אע"ג דלא נתן לאשה גוף הקרקע אלא לפירות זכה בנה אחריה בכולה בגוף ופירות דמ"ש ואם נשאת לאחר או אם מתה תהיה החזקה לזרע שיש לי ממנה הוי כמו נכסי לך ואחריך לפ' ואפי' לא אמר ואחריך אלא בתנאי יש לו דין אחריך כמו שהוכיחו האחרונים עיין שם ואע"ג דהתם הק' כל ימי חייך יהיו לך גוף ופירות והנשאר אחריך יהיה לפ' נראה דה"ה אם לא נתן לראשון אלא פירות ואחריו לפ' זכה אחריך בכל גוף ופירות שהרי בבתרא דקל"ו ע"ב ס"ד דהאי לא' הלא קנין פירות ואפ"ה זכה אחריך בכל וכן סבר ר' בבתרא שם ולא פליגי רשב"ג ור' אלא אם הא' קנה הגוף ואם מכר אין השני מוציא מיד הלקוחו' או לא אבל לכ"ע אם לא נתן לא' אלא פירות קנה אחריך הכל ע"ש ועיין במהריט"ץ סימן קכ"ו :

והנה אם תהיה הוי ל' מתנה או לא ראיתי להרשב"ן בס' יכין ובועז חלק שני סי' ל"ז בשכ"מ שאמר שירשו בני כו"ך והשאר יהיה לאמי פ' כ' שיש להסתפק אם יהיה לה בירושה כמו שאמר לבניה בירושה ול' ירושה למי שאינו ראוי ליורשו בטלה א"ד יהיה מתנה ומספק אין מוציאין מהיורשים וגם לא מצינו אלא ל' יטול ויחזיק ויזכה ויקנה דהוו ל' מתנה אבל ל' יהיה לא מצאנו שהוא ל' מתנה עיין שם ונראה דבשכ"מ דהוי ל' מתנה כמו שכתב הטור בסימן רנ"ג שכ"מ שאמר נכסי וכולי למי יהיו אלא לפ' אם ראוי ליורשו זוכה בהם משום ירושה וכולי ואם אינו ראוי ליורשו זוכה משום מתנה וכו' ע"ש הרי דיהיו לשאינו ראוי ליורשו הוי ל' מתנה וכן כתב מהרי"ל בתשובות הביאה מרן הב"י שם בלוואה יהא לבני וכולי דאינו ל' מתנה ולא ל' ירושה אלא בההיא דנכסי לפ' וכולי אם ראוי ליורשו נוטל משום ירושה ואם לאו נוטל משום מתנה וכולי ואע"ג דמפרשי ליה לגבי בן ל' ירושה נלע"ד דפלגי' דיבוריה ומפרש לה לגבי כתב בל' מתנה וכולי עיין שם אלמ' דאפילו דיבור א' פלגי' ליה ומפרשי' לבנו ל' ירושה ולבתו ל' מתנה וכולי עיין שם וכ"ש זה שאמר שירשו בני כו"ך והשאר יהיה לאמי וכו' דודאי יהיה לאמי במתנה קאמר וכן כתב ה' משפט לדק חלק ראשון סימן ט"ו עיין שם ומהרימ"ט חח"מ סימן ה' כ' וז"ל ומה שטענו עוד של' זה שאמר יהיו כשאמר על מי שראוי ליורשו וכתב ה' כנה"ג סימן רנ"ג שכ"כ בעל העיטור דל"ה ע"ב ותימא על מהר"ש יונה שכתב בשם בעל העיטור דיהיו אינו ל' מתנה ולא ל' ירושה והיא ס' מהרי"ל שהביא מרן הב"י שם עיין שם וז"ל בעל העיטור דל"ה עמוד שני וז"ל והילכתא נכסי לך בראוי ליורשו

ליורשו ל' ירושה הוא וכו' ובשאינו ראוי ליורשו ל' מתנה וכ"ש אם אמר יהיה לפ' כו"ך שהוא ל' מתנה עיין שם משמע דיהא לפ' נמי אינו ל' מתנה אלא באינו ראוי ליורשו אבל בראוי ליורשו הוי ל' ירושה כמו בנכסי לך וכן כתב בהדיא דל"ז עמוד שלישי וז"ל ול' נכסי לפ' או שיהיו לפ' בראוי ליורשו ל' ירושה באינו ראוי ליורשו מתנה עיין שם ומ"ש מהר"ש יונה בשם בע"ה דהיא דשמואל בדלא אמר לא בל' ירושה ולא בלשון מתנה אע"ג דנכסי לך בעלמא ל' ירושה ה"מ בשאר יורשים אבל בבנו ואשתו לא עשאה אלא אפטרופוס דלא עקרי' נחלה דאורייתא אלא בפי' וכולי וכן כתב שם בע"ב וז"ל ואי אמר בל' ירושה בפי' לכל מי שראוי ליורשו אפי' בן בין הבני' וכולי אבל אמר נכסי לך וכולי כיון דלא אמר בפי' מתנה וירושה לא עשאה אלא אפטרופוס וכו' עיין שם הרי דס"ל דאם בפי' ל' ירושה אפילו בן בין הבנים זכה ולא הוי אפטרו' ושמואל מיירי באומר נכסי לך דלא הוי ל' מתנה ולא ל' ירושה וכיון דלא אמר ירושה בפי' אמרינן דלא עשאה אלא אפטרופוס וה"ה באומר יהיו לפ' דלא הוי ל' מתנה ולא ל' ירושה אלא דבשאר יורשים הוי ירושה ובאינו ראוי ליורשו הוי מתנה אבל בן בין הבנים הוי אפטרופוס כמו בנכסי לך וכבר כתבתי בזה בתשו' שבסי' רמ"ו עיין שם :

ומ"ש דעת בעל העיטור והטור ומהרי"ל דנכסי יהיו לפ' לא גרע מנכסי לך דהוי ל' מתנה וכן משמע מתשו' הרשב"א שהביא מרן הב"י סי' רנ"ב ופסקו רמ"א בסימן ר"ן האומר רוצה אני שיהיו מטלטלין אלו לשמעון לכ"ע קנה שאין זה ל' הודאה אלא ל' הקנאה וכולי וכבר תמה מהר"ס ן' חביב בתשובות בספר גנת ורדים כלל ה' סימן י"א סוף דף קמ"ב על האחרונים שלא זכרו תשו' זה עיין שם וכן משמע מתשו' אחרת של הרשב"א הביאה מרן הב"י סימן רנ"ג עיין שם וכן כתב מרן בתשובות בס' אבקת רוכל סימן ע' עיין שם וכן מצאתי בתשובות הגאונים חלק שני שער ג' סי' ל"ג בא' שנתן מתנה בתנאי שאם אחר מיתת בעלה יהיו כל נכסיו להקדש דאם נשאת זכה ההקדש ע"ש וה' כנה"ג סימן רנ"ג כתב דהרשב"א והר"ן בפ"ק דגיטין הובא בירושלמי דיהא ל' מתנה וכ"כ ה' קהלת יעקב דקמ"ב סימן פ"ג עיין שם ונעלם מהם תשו' מהר"י בי רב סי' ל"ב שתמה על מי שהביא ראיה זו דאין הכוונה שיהא ל' מתנה אלא רוצה לומר זכה במתנה זו לפ' עיין שם ועין בהרמ"ה בפ' מי שמת דף ל"ד אם כן לכ"ע יהיה לפ' הוי מתנה וכן הוכיח מהרימ"ט ח"מ סימן ה' דל' יהיה הוי מתנה עיין שם :

איברא מבואר בדברי בעל העיטור והטור ומהרי"ל דליורש הוי ל' ירושה נראה דה"ד בשכ"מ דמהני ליה ל' ירושה אבל בבריא דלא מהני ל' ירושה הוי ל' מתנה דהא גבי נכסי לך ואחריך לפ' בשכ"מ הוי ל' ירושה ובבריא הוי ל' מתנה משום דאין דבריו מתקיימי' בירושה כמבואר בסימן רמ"ח עיין שם וה"ה ביהיו לפ' ומצאתי להרמ"ה בפ' מ"ש סימן קכ"ד שכתב וז"ל והא מתנת שכ"מ במקלא דאמרינן דבעי קנין וכולי אפי' בראוי ליורשו וכולי ומעשה דאמיה דרב עמרם חסידא דהו"ל מלוגא דשטרי וכי קא שכבה אמרה ליהוו לעמרם ברי וא"כ דברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמו דש"מ אע"ג דלא אמר בל' ירושה ולא אקני אלא מקלא קני באמירה בעלמא שאני התם דמשוכבת הויא דכי קא שכבה הוא דאמרה הכי ומסוכן כמלוה מחמת מיתה דמי וכה"ג לא מיבעיא הכא דאמר ליהוו סתמא דמשמע נמי ל' ירושה דלגבי מי שראוי ליורשו ל' ירושה משמע ומדאורייתא נמי קני באמירה בעלמא אלא דפרים לשון מתנה קני בתקנת דרבנן עיין שם משמע דסבירא ליה דל' יהיו אפי' ליורש לא משמע ל' ירושה דאם כן התם דאמרה ליהוו לעמרם ברי מדאורייתא נמי קנה וכבר הוכחתי בתשובות שבסי' רמ"ה דסבירא ליה להרמ"ה דל' יטול ויחזיק וכו' הוו ל' מתנה אפילו ליורש עיין שם וה"נ ל' יהיו דכוותייהו וכן לפי' רשב"ם במעשה דרב עמרם דמיירי בלא קנין וכגון שלא שיירה מדי עיין שם מוכח דלא הוי ל' ירושה דא"כ אמאי לא קנה מדאורייתא כריב"ב אבל בעל העיטור והטור סבירא להו דיטול ויחזיק וכולי ויהיו לפ' הוו ל' ירושה ליורש וה"ד בשכ"מ אבל בבריא דלא מהני ל' ירושה אמרינן דליהוו ל' מתנה ולייפות כחו מיהו כ"ל דלמאי דקי"ל כמהר"י ן' מיגש והרמב"ם והרמ"ה דל' יטול ויחזיק וכולי אין מועילי' בבריא הכא נמי ל' יהיו אינו מועיל בבריא ומרן בתשובות לא אמרה אלא בשכ"מ ובתשובות רב אחר כימן ע"א מדמה לה לל' יטול ויחזיק ויקנה ואע"פ שכתב דל' תהיה עדיף מכל מקום משמע דס"ל דלא מהני אלא בשכ"מ ולא בבריא וכ"מ למהרש"ך חלק שלישי סימן כ"ד וז"ל אין ספק של' יהיו הוי ל' מתנה דודאי דהך לישנא עדיף מהאומר יטול וכולי ואיברא דאיכא פלוגתא דרבוותא או הני לישני מהני בבריא מ"מ כל אנפי שוין דבשכ"מ הוי ל' מתנה עיין שם הרי דס"ל דל' יהיו עדיף מיטול וכולי ואפ"ה לא מהני אלא בשכ"מ וכן הסכים הרב אנג'ל בתשובות סימן ט"ו וכן כתב מהריט"ץ סי' פ"ו עיין שם :

וראיתי לה' כנסת הגדולה סימן זה הגב"י אות ב' שכ' דמתשוב' הרא"ד משמע דנכסי לך הוי מתנה אפילו בבריא אבל מהריק"ו שורש ל"ד כ' דדוקא בשכיב מרע שאמר נכסי לך הוי לשון מתנה ושלא להפשי פלוגתא אפשר לו' דגם הרא"ד בשכיב מרע קאמר עי' שם והרב שמחת יום טוב דף ק"י הביא דברי הרמ"ה אמתני' דכותב נכסיו לבניו וכו' ולמד מדבריו דל' הקנא' סתם כגון נכסי לך הוי לשון מתנה אפילו בבריא דהא מתני' בבריא מיירי עיין שם באורך ולא זכר מה שכת' הטור סימן רנ"ג בשם הרמ"ה וכן נכסי לך לא מהני בבריא עיין שם ודברי הרמ"ה שהביא הרב אין ראייה אלא דוקא באומר ולאחר מיתה אבל נכסי לך סתם לא משמע לשון מתנה אף על גב דבנכסי יהיו לפ' לא גרע מנכסי לך לא מהני אלא בשכיב מרע ולא בבריא אך תמהני על מהריק"ו והרב כנסת הגדולה דהרי הרמב"ם בפי"ב מהלכות זכייה ומרן סימן זה כ' אבל הבריא שנתן מתנת בריא נכסי לך ואחריך לפלוני אין לשני אלא מה ששייר הא' בין שהיה הא' ראוי ליורשו וכו' הרי בהדיא דנכסי לך הוי לשון מתנה בבריא אפילו ליורש וגר' דס"ל לשון יטול וכו' משום דמשמע להבא לא מהנו בבריא והכ' נמי לשון יהיו מהאי טעמא דנכסי יהיו לך גרע מנכסי לך לגבי בריא וכן מצאתי למהר"ב אשכנזי סי' ל"ח שכ' דלשון יהיה גרוע וגם הרשב"א שחילק בלשון יטול מודה בלשון יהיה דאינו אלא לשון הבטחה שסופו שיירשנו כדרך שמדברים האבות עם הבנים והביאו הרב כנסת הגדולה סימן רנ"ג הגב"י אות ק"ג עיין שם אלא שאין נר' כן דעת הרשב"א שכ' בתשו' ח"ב סימן ח"י ואף ע"פ של' יהיו נכסי הם וכו' שהקנין מתקן לעולם הענין עיין שם ונראה דהרשב"א אזיל לטעמיה דיטול וכו' מהני גם בבריא אבל לדידן לא עדיף לשון יהיה מיטול וכו' ואדרבא גרע

ספי

שפי דהוי לשון הבטחה וכן כ' הרמ"ה בתשו' סי' רמ"ט דאינו לשון הקנאה אלא הבטחה עיין שם מיהו ק' ממה שכ' הטור בי"ד סימן רס"ז גבי עבד וז"ל וכתב הרמ"ה ודוקא דאמר אעשנו אבל אם כתב יהא בן חורין קנה דאעשנו לשון הבטחה הוא להבא אבל יהא בן חורין לאו הבטחה הוא אלא לשון שחרור אבל אם אמר ע"פ וכו' וה"מ בבריא אבל בשכיב מרע שאמר א' מאלו הלשונות כיון שמשמעותו לשון שחרור זכה וכן מבואר דסבירא ליה דאפילו בבריא יהיה אינו לשון הבטחה אלא ל' הקנאה והר' מח"א בהלכות עבדים סימן ה' כ' דיהיה בן חורין אף על גב דמשמע להבא בשכיב מרע מהני והביא ראיי' מיטול ויזכה ויחזיק ויקנה דהוו לשון מתנה וכתב הרמ"ה דהיינו דוקא בשכי' מרע אבל בבריא לא מהני אפי' קנין דמשמע להבא עיין שם ודבריו תמוהים דבשכיב מרע ודאי דמהני כמו שכ' הטור סימן רנ"ג שכיב מרע שאמ' נכסי וכו' למי יהיו אלא לפ' וכו' ואם אינו ראוי ליורשו זוכה משום מתנה אלא אפילו בבריא מבואר בדברי הטור י"ד בשם הרמ"ה דאינו לשון הבטחה להבא אלא לשון שחרור וצריך עיון בכל זה :

איברא דלכאורה נראה דאף על גב דלשון תהיה לא הוי לשון מתנה בבריא וכל שכן ביורש בנדון דידן לשון מתנה שאמר לאשה מהני לבנה אחריה כדתניא בבתרא דף קכ"ט נכסי לך ואחריך ירש פלוני ואחריו ירש פלוני מת ראשון קנה שני מת שני קנה שלישי ופסקה הטור סימן זה עיין שם אלמא אפילו לנכסי לך מהני ללשון ירושה של שני וכל שכן לשון מתנה ממש דמהני ללשון תהיה ואף על גב דהוי כשני שדות ושני בני אדם דבעי' תוך כדי דיבור מתנה א' חשיב הכל תוך כדי דיבור כמו שכ' האחרונים שכת' הכנה"ג סימן רפ"א אות ס"ב עיין שם וכמו שכ' הרב מהר"ש נרור בספר חוט המשולש סימן ב' והר' פני משה ח"א סימן ל"ד וה' פמ"א ח"א סי' ס"ז עיין שם וז"ל הרמ"ה בפ' י"נ סימן קכ"ט והיכא דלזה בירושה ולזה במתנה דקאמרי' דקנו תרוייהו ל"ת ה"מ היכא דלא הוי לשון מתנה דהאי וגופה דהקנאה דאידך מרוחקים זה מזה מכדי דבור וכו' דהא ואחריך ירש פ' אית בהו יותר מכ"ד וקאמרי' הכי מת ב' קנה ג' מאי טעמא כיון דחשבי' ליה לשני כמאן דכתב לשון מתנה בגופיה משו' דסמיך לא' בתכ"ד שלישי נמי חשבי' ליה כמאן דכתי' ביה לשון מתנה משו' דסמיך לשני וכל שכן היכא דאמר גבי הקנאה דקמא גופיה מילתא דשייכא בענין הקנאה דידיה דלא נפסקי' בין ל' מתנה דידיה להקנא' דשני דהשתא ב' דהקנאה אריכא באנפי נפשה ולא שייכ' בהקנאה דראשון ולא בשני ולא מפסקי' בין ראשון לשני הקנאה דשייכא בא' גופיה לא כל שכן וכו' עכ"ל :

וראיתי לה' פני משה סימן ל"ד דף ע"ח ע"ד שכ' דאם כ' תנתן שדה לפל' לראובן ויירש שמ' שדה פלוני ויירש לוי שדה פלוני אפשר דלא מהני תנתן דראובן אלא איירש דשמעון שהוא הסמוך לו ולא נירש דלוי שהוא מופלג דכי האי גוונא לא אשכחן בגמרא דמהני עיין שם ודבריו תמוהים מהאי דנכסי לך ואחריך ירש פלוני ואחר אחריך ירש פלוני דמדמינן ליה לשני שדות לשני בני אדם ואפילו הכי נכסי לך שאמר לא' מהני גם ליירש דשלישי וא"ל דלא מוקמי' לה באינו ראוי ליורשו אלא על השני אבל ואחר אחריך יירש פלוני לכולי עלמא על כרחך מיירי ביורש דאם אינו יורש לא קנה בלשון ירושה דנכסי לך שאמר לראשון לא מהני לשלישי ואפשר שזה דעת רשב"ם שכ' וז"ל ה"ג וכו' כלומ' נכסי נתונים לך ואחריך יירש פ' הרי לזה במתנה ולזה בירוש' וכו' וכ"ת הכא נמי האי שני בראוי ליורשו כגון בן בין הבנים ואגב אשמעי' כריב"ב ששני קנה בל' ירושה וכו' עיין שם דסביר"ל דאחרי אחריך יירש פלוני ע"כ דהאי שלישי יורש הוא דהא לשון מתנה שאמר לא' לא מהני לשלישי לכולי עלמא ולא פרכי' אלא משני דלא קנה אלא בכח ל' מתנה של א' דאם השני יורש הא קי"ל ירושה אין לה הפסק ולא קנה שלישי ועיין במהר"י הלוי סימן ס"ע אבל בדברי הרמ"ה מבואר דל' מתנה שאמר לא' מהני גם לשלישי דחשבי' לשני כמאן דכתיב לשון מתנה בגופיה משום דסמוך לא' בתוך כדי דיבור א"כ לשלישי נמי חשבי' ליה כמאן דכתיב בגופיה לשון מתנה משום דסמוך לשני ע"ש :

וראיתי למרן בתשובו' בספר אבקת רוכל סימן ע' שכת' באחד שנתן נכסיו לאשתו ע"מ שאחר מיתתה יהיו לנער נכדה וז"ל ולשון יהיה ל' מתנה משמ' וכו' ואפילו אם לא היה שום לשון מתנה בנער אלא ל' ירושה כיון שבזקנתו כתב לשון מתנה נגרר לשון ירושה דנער אחר ל' מתנה דידה וקנה דהוי כב' אנשי' בשדה אחד ותוך כדי דיבור דמתנה דידה הוי לשון ירושה דנער שהרי כתוב בשטר הלוואה כי על מנת כן נתתי לאשתי כל הנכסים שלי שאותו הנער יורש שלה וכל כהאי גוונא ודאי לשון מתנה דידה מהני לנער עכ"ל והדבריו תמוהים דבפ' י"ן אמרי' דנכסי לך ואחריך לפ' כשני שדות ושני בני אדם דמי עיין שם ברשב"ם ולדעתו דהוי כב' אנשים בשדה אחד לא היה ל"ל ותכ"ד וכו' דאפילו שהה בין זו לזו יותר מכדי דבור מהני כמו שכת' הטור סימן רפ"א ע"ש מיהו מהר"א ששון סימן קפ"ח נסתפק אם הרמב"ם סובר כן והביאו הרב כנסת הגדולה שם ומ"מ מדברי מרן משמע דדוקא בנדון דידן שכתב על מנת כן נתתי וכו' הוי תוך כדי דיבור אבל בלאו הכי לא חשבינן כל המתנה תוך כדי דיבור וכן כתב הרב משפט צדק דאין לעשות מעשה הביאו ה' כנסת הגדולה שם עיין שם גם הרשב"ץ ח"ב סימן רל"ב בתקנה שכתוב בה יירש אותו זרע חלי נדוניא וכולי כתב וז"ל ואף על פי שבפר' י"ן מוכח שאם יש לשון מתנה וכו' זהו כשהל' הוא מעורב יירש ותנתן וכו' ועוד אפילו נאמר דבתוך כדי דיבור דמי כיון דבחד הקנאה הוא כדמוכח בפ' י"ן דתנאי בית דין וכו' ע"ש משמע דמספק"ל בחד תקנתא אם חשיב תכ"ד וה"ד בתקנת הצבור דהוי כתנאי בית דין אבל במתנה ודאי דלא מהני :

ועוד דלמאי דקי"ל דאפילו ל' מתנה ליורש הוי ירושה נר' דלא מהני ל' מתנה של א' לשני כיון דל' מתנה הוי ירושה וכן ראיתי לה' משפט צדק ח"א סימן ע"ז שכתב דדעת הפוסקים דבל' מתנה יש לירושה הפסק כההיא דנכסי לך ואחריך יירש פ' ואחרי אחריך יירש פ' מתוקמו' אפילו כשהשני ראוי ליורשו דכיון דאמר לא' שאינו ראוי ליורשו נכסי לך דהוי ל' מתנה א"כ מועיל ליה מתנה דא' לשני כאלו אמר בה ל' מתנה ויש לה הפסק מחמת ל' מתנה וקנה ג' עיין שם מבואר דס"ל דלדעת הפוסקים דאפילו ל' מתנה ממש ליורש הוי ירושה אם השני ראוי ליורשו לא מהני ל' מתנה דא' לשני אבל למ"ד דבל' מתנה יש לירושה הפסק אפילו השני ראוי ליורשו לשון נכסי לך שאמר לא' מהני לשני כאלו אמר בו ל' מתנה וכ"ל דאפילו למ"ד בל' מתנה יש לירושה הפסק אם השני ראוי ליורשו לא מהני ליה ל' נכסי לך שאמר

שאמר לא' שכך כתב מהרי"ל בתשובות הביאו מרן הב"י סימן רכ"ג וז"ל אע"ג דמפרשינן לה לגביה בן ל' ירושה נלע"ד דפלגי' דיבוריה ומפרשי' לה לגבי בריא בל' מתנה וכולי כי היכי דאמרינן בנו ואשתו ואחר בנו ואשתו משו' אפטרופוס ואחר משום מתנה הכא נמי הכא עיין שם וכן כתב הכנה"ג סימן רפ"א אות מ"ג בשם הרשב"ץ דהיכא דמהני בל' מתנה ה"ה אם נתן בל' מתנה לאחר וליורש מהני ודברי הרשב"ץ הם בתשובות חלק שני סי' רכ"ז וז"ל ואעפ"י בדיבור א' אמר לבנו ולבתו ל' מתנה דייני' לבנו לשון ירושה כדינה ולבתו לשון מתנה כדינה עיין שם אלמא אפילו אמר בדבו' א' לבנו ולבתו לשון מתנה פלגי' דיבוריה ומפרשי' לבנו לשון ירושה ולבתו ל' מתנה וכ"ש ל' נכסי לך שאמר לא' דלא הוי כאלו אמר לשני מתנה ממש אלא כאלו אמר נכסי לך וגבי יורש הוי ירושה וז"ל הרמ"ה שם סימן קכ"ח וה"ה אם אין הא' ראוי ליורשו והיה השני ראוי ליורשו בין שהיה הג' ראוי ליורשו בין שלא היה ראוי ליורשו אין לשלישי במקום שני כלום שאין ל' מתנה אלא ל' ירושה וירושה אין לה הפסק עיין שם הרי שכ' דאם הא' אינו ראוי ליורשו והשני ראוי ליורשו לא מהני ליה לשון מתנה דא' לשני ואין לו הפסק והוא סבירא ליה בסי' קכ"ו דבל' מתנה יש לירושה הפסק עיין שם אבל ל' מתנה ממש שאמר לא' מהני לשני אפילו ראוי ליורשו למ"ד דבל' מתנה יש לה הפסק אבל לדידן דאפי' ל' מתנה ממש ליורש הוי ירושה לא מהני ל' מתנה דא' לשני אם היה ראוי ליורשו וכן כתב מהרי"א סימן קכ"ה הביאו ה' כנה"ג סי' רפ"א אות ס"א ע"ש ולכאורה נראה דה"ד בשכ"מ אבל מתנת בריא אפילו השני ראוי ליורשו מהני ל' מתנה של א' לשני שהרי כתב רשב"ס דקל"ג וז"ל ואם לאו דאינו ראוי ליורשו בע"כ נכסי נתונים לפ' קאמר דאין אדם מוליא דברים בטלים מפיו ולמתנה אכוון ולא לירושה ולכך נוטלה משום מתנה עיין שם וכן כתב מהרי"א בסי' קכ"ה טעם זה דמשום דאין אדם מוליא דבריו לבטלה ולכך דייני' ליה לשון מתנה דא' גם לשני ע"ש ואם כן במתנת בריא דלא מהני ל' ירושה אמרינן דלשון מתנה של א' מהני לשני מה"ט דאין אדם מוליא דבריו לבטל' דהא גבי נכסי לך ואחריך לפ' בשכ"מ הוי לשון ירושה ואין לה הפסק ובבריא הוי ל' מתנה מה"ט דאין דבריו קיימין בירושה כמבואר בסימן זה וה' כנה"ג בסי' רכ"ג הגב"י אות י"ג לדד דבשכ"מ לכ"ע אין אדם מוליא דבריו לבטלה דלא עדיף שכ"מ עיין שם וכן הסכים ה' ברכי יוסף בי"ד סימן רכ"ח דף למ"ד ול"א והביא קלת ראייה לדבר עש"ב :

והרב קהלת יעקב בקו' מדות חכמים דקפ"ה הוכיח מפי' רשב"ס דאע"ג דקי"ל כרבנן דאדם מוליא דבריו לבטלה ה"ד בבריא אבל בשכ"מ לכ"ע אין אדם מוליא דבריו לבטלה דומיא דאמרי' אין אדם משטה בשעת מיתה עיין שם ולא זכרו מ"ש הרמב"ם ומרן גבי נכסי לך ואחריך לפ' דאפילו ליורש הוי ל' מתנה בבריא משו' דאין אדם מוליא דבריו לבטלה עכ"ל כמ"ש מהרא"ח דכל שיכול לפרש דברי אדם בלשון המועיל וכ"ש כשקנו מידו אפילו רבנן מודו דאין אדם מוליא דבריו לבטלה וכן כתב ה' כנה"ג שם שאפשר שזהו דעת הנ"מ והריב"ש ומהר"י אלגאזי שם הביא ראיה :

ובזה ניחא מה שהק' ה' כנה"ג בסימן רפ"א על מהרי"א דבסי' רכ"ג כ' דאפי' בשני ראוי ליורשו ל' מתנה של א' מהני לשני עיין שם דלק"מ דשם מיירי בקנין דלא מהני לשון ירושה לכך אמרינן דלשון מתנה של א' מהני לשני מטעם דאין אדם מוליא דבריו לבטלה ולא אמר בסימן קכ"ה אלא כשמועיל בו ל' ירושה מיהו מ"ש עוד מהרי"א וז"ל וא"ת נימא איפכא שכוונתו היתה לל' מתנה כיון שאמר אח"ך שאחר פטירתה הזרע שיתנו ללאה ולאחרים שמה כו"ך ואין אדם מוליא דבריו לבטלה ואם לל' ירושה נתכוון אין בדבריו כלום דאין לירושה הפסק וי"ל דלא מהני ל' מתנה הא' גם לבני אלא בתכ"ד אבל לאחר כדי דבור לא וכולי עיין בס ק' דהם כן גבי נכסי לך ואחריך לפלוני הם א' ראוי ליורשו אמאי אמרי' דהוי ל' ירושה ואין לבני כלום נימא דל' מתנה הוא כדי לקיים דברי המת באמר תכ"ד ואחריך לפלוני אלא ודאי דליורש מסתמא אמרי' בירושה נתן לו אפילו לבטל דבריו שאמר ואחריך לפלוני וכבר כתבתי דברי הרמ"ה דס"ל דאפילו אין הא' ראוי ליורשו דהוי ל' מתנה אם השני ראוי ליורשו אין לשלישי במקום שני כלום ומ"מ נראה לכאורה דבמתנת בריא אפילו השני ראוי ליורשו מהני ל' מתנה של א' לשני משום דאין אדם מוליא דבריו לבטלה וכיון דל' ירושה לא מהני אמרינן דהוי ל' מתנה כמ"ש :

אבל מלאתי להרמ"ה פ' י"כ סימן קל"ו שכת' דבריא לא מהני לשון מתנה דחד לל' ירושה דאידך וכן כת' בפ' מי שמת סימן ל"ד וז"ל וכ"ש לזה במתנה ולזה בירושה דלא מהני לשון מתנה דהאי לשויי ללשון ירושה דאידך ל' מתנה דהא גבי אגב דכולה חדא הקנאה היא ולא כגי להו למטלטל' בלשון הקנאה דא"ל גבי קרקע עד דאמר ליה נמי ל' הקנאה גבי מטלטלין דמקני ליה אגבה וכל שכן משדה לשדה ומגברא לגברא דלא מהני וכן כת' בסימן קכ"ד וז"ל ואי אמר ליה ל' ירושה לחד ול' מתנה לחד אפילו בשדה א' ושני בני אדם א"כ אדם א' ושני שדות חדא בירושה וחדא במתנה לא מהני וכו' דהכי תנן כתב בין בתחלה בין באמלע בין בסוף משום מתנה דבריו קיימין וקיי"ל דאפילו בשני שדות ושני בני אדם וכו' ה"מ בשכיב מרע דמהני ביה לשון מתנה כל דהו אפילו דלא מהני בבריא כדברירא בפ' גבי שמעתא דיטול יזכה אבל בבריא לא מהני אלא ליסנא ברירא דמוכח' דלשון מתנה הוא כל שכן דלא מהני ביה לשון מתנה דמשדה לשדה ולא מגברא לגברא עכ"ל מבואר דס"ל דאפי' בשדה א' ושני בני אדם או אדם א' ושני שדות לא מהני לשון מתנה דחד לל' ירושה דאידך בבריא וכל שכן בשני שדות ושני בני אדם ואפשר דגם מ"ד דל' יטול ויזכה ויחזיק דהוו מתנה בבריא מודה בזה :

ובאמת בבתרא דקכ"ט גבי הנו שקל וכו' פירשב"ס כגון שכיב מרע אי נמי בריא וכגון שהלך למדינת הים וכו' ומוכח מינה רב ששת התם דאפי' בב' שדות ושני בני אדם מהני ל' מתנה לל' ירושה אם כן משמע דאפי' בבריא אמרי' הכי דדוחק לומר דלמאי דמוקי לה בראוי ליורשו וריב"ב היא פי' כן אבל לס"ד דרב ששת ע"כ מיירי בשכיב מרע מיהו כבר כתבתי דברי הרמ"ה דבבריא לא אמרי' הכי וכן כת' בש"מ לבתרא דקל"א בד"ה הדר וכו' וז"ל מיהו מסתבר' בברי' שבא להקנות נכסיו בשטר לזה בל' מתנה ולזה בלשון ירושה לא קנה וכו' והם דברי הר' יונה ע"ש ואפש' דרשב"ס שפי' בבריא כגון שהלך למ"ה וכולי משום דמפרש ביה והולא בשיירא וכולי דהוי כמלוה מחמת מיתה דדבריו קיימים כמבואר בסי' ר"ן עיין בס ועיין במהריב"ל חלק רביעי סי' שהק' על הרמב"ם שכ' דאם אמר לא' מבו' ירושה וכו' יש לה הפסק דאין ראייה מההיא דתנו שקל

וכולי דא"ל דמיירי בבריא כפירשב"ם וכבר תמה עליו מהר"י הלוי סי' ס"ט שהרי הרמב"ם ס"ל דבבריא בחלק נכסיו ליורשיו בל' ירושה לא אמר כלום ואם כן ליכא לאוקמא בבריא דא"כ אמאי קנו אחריהם תחתיהם וכת' וא"ל דמשכחת לה בבריא והא דזכו הנך אחרים בלשון ירושה הוא משום ל' מתנה שהזכיר בתחלה דהיינו תנו שקל דקי"ל תכ"ד מהני ל' מתנה אפי' בשני שדות ושני בני אדם הא ליתא דאם כן מאי דחי' וכולי ע"ש הרי דפשיטא למהריב"ל ומהר"י הלוי דאפילו בבריא מהני ל' מתנה לל' ירושה וכן ראיתי למהר"ם מינץ סימן ס"ו בשאלה שנייה והמבי"ט חלק שלישי סימן ב' ומהרשד"ם סימן ש"ג ומהרש"ך חלק ד' סימן ל"ד ומהרא"ב בס' לחם רב סי' מ' וה' פני משה סי' ל"ד דמיירי במתנת בריא וס"ל דל' מתנה מהני ללשון ירושה עיין שם ואלו ראה דברי הרמ"ה ור' יונה היו חוזרים ולדבריהם ניחא דלמאי דס"ד דרב ששת נמי ע"כ מיירי בשכ"מ דאלו בבריא לא מהני ל' מתנה לל' ירושה וא"כ בנ"ד המתנ' בטלה דתהיה לא הוי ל' מתנה בבריא וגם לשון מתנה שאמר לאשה לא מהני לבניה אחריה וכמ"ש :

וראיתי לה' נשאת משה חלק שני סימן כ"ג שכת' במתנת בריא שכתוב בה ויחלוקו חתני ובני חלק כחלק וכו' דמתנה בטלה מטעם דכייל לבנו וחתנו בחדא מחתא וכיון דלבנו בל' ירושה קאמר ה"נ לחתנו בירושה קאמר דאי הא כדאיתא וכולי הו"ל לפרש ואם נאמר דבמתנה קאמר לתרווייהו הא אין אדם מקנה לבנו שלא היה בעולם כלל עיין שם ונעלם ממנו דברי מהר"י והרשב"ץ שכת' דאפילו אמר בדבור א' לבנו ולבתו לשון מתנה פלגי' דבוריה ומפרשינן ליה לבנו ל' ירושה ולבתו לשון מתנה עיין שם והכא נמי אמרינן דבדבור א' אמר יחלוקו בנו וחתנו לבנו הוי ל' ירושה ולחתנו ל' מתנה כדינו וכן הוכיח רמ"א בתשו' סימן ע"ח עיין שם ועוד נעלם ממנו מ"ש הטור סימן רנ"ג בשם הרמ"ה דיחלוק פ' בנכסי לא מהני בבריא ודברי הרמ"ה בפרק המוכר את הבית סימן כ"ג ובפרק י"ג סימן ל"ד עיין שם וכן כת' בתשו' הביאו מהר"ב אשכנזי סימן י"ח עיין שם ואם כן בלא"ה לא קנה חתנו (א"ה עכ"מ) :

ועוד יש לפקפק בעיקר המתנה שלא נתן לאשה גוף הקרקע אלא לפירות מהיום ולאחר מיתה דהא בשטר מהיום ולאחר מיתה הטעם דלא חיישינן לחזרה משו' דא"ל דה"ק הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה ואם כן הכא שלא נתן אלא הפירות חיישי' לחזרה וכן מצאתי למהר"ב אשכנזי בתשו' סי' ע"ו דכ"ב שפסק כן דאפילו אמר מעכשיו לאחר מיתה כיון דלא נתנה לאחר מיתה אלא הפירו' ס' הוי ואין ס' מוציא מידי ודאי ע"ש והכנה"ג בסי' רנ"א אות ג' ואות ז' במתנה שכתוב בה גוף ופירו' מהיום ולאחר מיתה דהוי חזרה וכן כתב הרב פני משה חלק שני סימן ל"א והרב כנסת הגדולה ריש סי' רנ"ח הביא תשו' בכ"י אלא שהם קיימו המתנה ממ"ש בשטר אחר כך שהכל נתן מנכסיו במתנת בריא בעין יפה והכל הולך אחר התחתון עיין שם אבל בנ"ד דגם בסוף כת' ומעו"מ תלך האשה ותזכה בפירות החזקה מהיום ולאחר מיתה וכו' הוי חזרה אבל הרב בני אהרן סי' ק"ט כ' שם דהוי כמו בחיים ובמות שהוא מעתה ועד עולם והסכי' עמו מהרש"א בסימן ק"י וכתב עוד דכיון שאמר מחיים ולא מהיום ר"ל מחיים אם לא אחזור בי ואפילו נאמר דמחיים הוי כמו באומ' מהיו' כר' דלא חזר אלא מהפירו' עיין שם ונ"ל ראייה מדברי הרשב"א בתשו' סימן אלף קנ"ט שכתב וז"ל גם מה שטען כי מ"ש בשטר המתנה ואני מודה שאני נותן לו זה בלב שלם כשיחזור לי המלך הוי חזרה וכו' וכאותה ששנינו בקידושין פ' האומר הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר ל' יום ובא אחר וקדשה בתוך ל' יום וכו' רב אמר מקודשת ואינה מקודש' לעולם וכו' משו' דמספק"ל אי תנאה הוי אי חזרה הוי ואפ"ה אם לא בא אחר וקדש' לכ"ע מקודשת לראשון וא"א דכל שהוא חוזר הרי הוא כאלו א"ל מעכשיו אלא לאחר ל' יום אקדשך ואפילו לא בא אחר וקדשה נמי אינה מקוד' גמורה אליבא דרב דמספק"ל בחזרה אלא ודאי טענת יהודה דברי הבאי הם וכיון שכן אף כשתמ"ל דחזרה היא אינה חזרה גמורה היא אלא לגבי פירות (א"ה עכ"מ והשאר חסר וקרוע) אבל אם אמר גוף ופירות מהיום ולאחר מיתה לכ"ע חיישי' לחזרה ודלא כהר' שמחת יום טוב סימן כ"ט דק"ט ע"ב שכתב בשטר דלא שייך לפ' הגוף מהיום ופירות לאחר מיתה זמנו של שטר מוכיח עליו דהוי כמפרש מהיום אם לא אחזור בי ע"ש דהא במהיום ולאחר מיתה גוף ופירו' מבוא' מדברי האחרוני' שכתבתי דלא אמרי' דהוי כמפרש מהיום אם לא אחזור בי גם מהרימ"ט חלק ראשון סימן מ"ו כ' בשם מהר"ש עטיקש במי שאמר מעכשיו לאחר מיתה בלא וי"ו דהוי חזרה ולא אמרינן זמנו של שטר מוכיח וחלק עליו הרב עיין שם ואמאי לא אמרי' כיון דאמר מעכשיו הוי זמנו של שטר מוכיח דהוי כמפרש מהיום אם לא אחזור בי וכן מוכח מדברי הרשב"א בתשו' סימן תקס"ג ופסקו רמ"א סימן רנ"ז סכ' דמקדים בדהו מהיום ולאח' מיתה לא קדם כלל משום דא"א לפרש גוף מהיו' ופירות לאח' מיתה דהוי אוכל פירות משל הקדש עיין שם ולא אמרי' דהוי כמפרש מהיום אם לא אחזור בי ועיין במהרימ"ט ח"מ סימן כ"ו וכל שכן כשלא אמר מהיום דלא אמרינן זמנו של שטר מוכיח וכן כתב מהר"ב אשכנזי בתשו' שם דאפי' אמר מעכשיו לאחר מיתה כיון דא"א לפרש הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה בטלה וכל שכן דלא מהני זמנו של שטר עיין שם ושוב מצאתי להרשב"א בתשו' חלק שלישי סימן קי"ז ברחל שנתנה במתנה מהיו' ולאח' מיתה בתים ללאה אחותה על תנאי שלא יהא רשות בידה ליתן ולא למכור ולא לשעבד אלא שתזכה בה דינה בת לאה לאחר פטירת רחל ולאה מיד דמבוא' שם דלא נתנה ללאה אלא פירות לבד כל ימי חייה ולא נתנה בגוף הקרקע כלום ואפ"ה המתנה קיימת ולא אמרי' כיון דלא נתנה אלא הפירות דא"א לפרש הגוף מהיום ופירו' לאח' מיתה חיישינן לחזרה (א"ה עכ"מ) :

כ"ו שכיב מרע שצוה ואמר אני נותן לבתי ה' מאו' זהובים ויהיו לנישואין וכו' כת' הרשב"א בתשו' ח"ב סימן שט"ו מסתברא אפילו שאמר תנו מנה לפ' לנישואין נותנין לה מיד שהרי לא קבע זמן לנתינת' שגלה דעתו שהוא נותן לה כדי שתנשא בהם לבעל והרי זה כאומר תנו מנה לפל' למזונות שאין אומרים יתנו לו היורשים מזונות בכל יום ויום מזונות לבקר ומזונו' לערב אלא נותנין לו למזונות והוא מתפרנס ע"י עצמו ואפילו עמדה והוציאה אותם לדברים אחרים שלא לנישואין מה שעשתה קיים וכו' עיין שם :

כ"ז כתב הרשב"ש סימן קע"ג בשטר שכ' בו ואגב קרקע נתתי לו כל אשר לי בין כסף בין זהב בין שאר מטלטלין וכו' וז"ל והחוב אינן בכלל המתנה לפי שהחוב אינו נקנה באגב ולא בק"ס אלא במעמד ג' אם הוא בשטר או בעל פה ואם הוא בשטר נקנה בהקנאת

בהקנאת השטר בכ"ומ וכולי עיין שם ומ"ש אינו נקנה באגב ולא בק"ס אלא במעמד שלשתן אם הוא בשטר וכו' אנן קיימא לן דשטר נקנה באגב אלא שצריך שיאמ' בעל פה קני לך הוא וכל שעבודיה כמבואר בסי' ס"ו ע"ש:

סימן רמ"ט

א' דין ג' והבעל לא קנה אלא הפירות וכו' כ' ה' פרח מטה אהרן סימן ל' על אשה שקנת' קרקע בלא רשות בעלה ואחר כך מכרה אותו אף על גב דאין קנין לאשה בלא בעלה לא אמרי' דזכה בעלה במקח ומכרה בטל דלא קנה בעלה אלא הפירות בלבד כמו שהוכיחו התוספות בקידושין דכ"ג בד"ה ור"א וכולי מהירושלמי בפרק מציאת האשה וכן כ' הרמב"ן בחידושיו כ"י שם וגם התוספות רי"ד שכ' שם דמשמע מפירש"י דזכה הבעל במתנה אפילו בגוף כבר דחו אותו בשתי ידים וכ"ל שהיא ס' יתידהה ועוד כ"ל דגם רש"י דס"ל דקנה הגוף ה"ד במתנה דהכל תלוי בדעת הנותן לפי תנאו וכיון שנתן לאשה על הסתם יד האשה כיד בעלה וזכה הבעל לגמרי אבל במקח בלוקח תליא מילתא ולא במוכר והיא נתרוקנה לזכות לעצמה קנתה ואם כן לכולי עלמא הוי ככ"מ דאם לא ידע הבעל לא בקנייה ולא במכיר' מכרה קיים כמו שכ' הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י א"ה סימן פ"ו וך' דכ"מ אפילו נפלו במקום שהיא ובעלה שם כל שלא ידע הבעל כשנפלו ולא הספיק לדעת עד שמכרה או נתנה הוא קיים עיין שם ולא זכר דגם הר"ן והריטב"א בחי' לקידושין שם דחו פירוש רש"י וכן דעת הרא"ש שם וכן כת' הרשב"א במיוחסות סימן ס"ד וז"ל ומה שטען מה שקנתה אשה קנה בעלה אינו כלום דשמ' נתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה וכו' דמה שקנתה אשה לא קנה בעלה אלא לפירות והרי הוא ככ"מ וכולי ובחיד' לקידושין הסכים כן דהא רש"י דלא השווה מתנה למציאה לגמרי עיין שם ומהרא"ג"ח ח"ב סימן ב' כתב שכן דעת הרמב"ם שכ' בפרק כ"ב מהלכות אישות דאם אמרה האשה מתנה נתנו לי נאמנת וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות אלמא אפילו נתנו לה סתם דלא קנה הגוף שלה עיין שם ובהדיא כן כת' הרמב"ם בפרק ג' מהלכות זכייה וכ' המ"מ שהוא מוסכם עיין שם וכן כ' הסמ"ג עשין פ"ב ע"ג עיין שם וכן כת' בעל התרומות שער ו' חלק ג' סימן ב' עיין שם אם כן דעת כל הני רבוותא הרמב"ם והתוס' והרא"ש והרמב"ן ובעל התרומות והרשב"א והריטב"א והר"ן דמתנה שנתנו לה אחרי' קנתה הגוף ואין לבעל אלא הפירות כדין נ"מ וגם רש"י אפ' דסבירא ליה הכי כמו שכתב הרשב"א וכן נראה דעת המ"מ שכת' שהוא מוסכם ועיין בספר גדולי תרומה מיהו המרדכי בשם ה"ר אלחנן חלק על ר"י במתנה שנתן לה בעלה דלא קנתה אלא במזכה לה על ידי אחר דכה"ג אפילו בעבד מהני ומהרא"ג"ח בתשוב' שם כת' דסביר"ל דאם נתן לה בעלה לא קנתה אלא גוף ולא פירו' וכן אם נתנו לה אחרים קנה הבעל גוף ופירות כדין העבד ממש עיין שם אבל אינו מוכרח דאפשר דמודה דאם נתנו לה אחרים או בעלה קנתה הגוף וסב"ל דמדמי' קנין הבעל לפירות כקנין הרב לגוף דיד עבד כיד רבו ממש בין נתנו לו אחרים או נתן לו רבו ויד אשה כיד בעלה לקנין פירות בין נתנו לה אחרים או בעלה לעולם הגוף שלה והפירות לבעלה וכן משמע מדברי המרדכי שכ' אחר כך בנתנו לה אחרים דברי ר"י דקנתה הגוף והפירות לבעל והר"י מקורבי"ל מסתפק ולא זכר דברי ה"ר אלחנן עיין שם ואם כן אין מי שחולק בזה אלא רש"י ועה שהוכיחו התוספות מהירושלמי הפך רש"י אפשר לומר דסביר' להו דלפי הש"ס דידן דאמרי' בפרק קמא דמציעא דטעמא דמציאת האשה לבעלה משום איבה במתנה נמי שייך האי טעמא והר' בית שמואל בא"ה סימן פ"ז ס"ק י"ב כת' דל"ל דבמתנה לא חיישי' לאיבה כיון דהנותן אין רצונו ליתן לו עיין שם:

והרב דברי אמת בקו' ב' תמה עליהם דבפ' מי שהיה נשוי איתא מי שאמר לאשה נשואה נכסי לך ואחריך לפלוני ומכרה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות ואחריך מוציא מיד הבעל וכולי מוכח בהדיא דהגוף לאשה והפירות לבעל כדין נ"מ דאם גוף ופירות לבעל אם כן אין מכירתה כלום והבעל מוציא מיד הלקוחות וכיון דאיגה מכירה הקרקע דאחריך אלא ודאי דהנותן מתנה לאשה הגוף לאשה והפירות לבעל וכן כתב רש"י בפי' הובא בספר א"ז שם וה' שמחת יום טוב סימן א' תי' דודאי ירושה שנפלה לה דינה כנ"מ דהגוף לאשה והפירו' לבעל ורש"י דסבירא ליה דגוף ופירות לבעל ה"ד במתנת בריא אבל במתנת שכ"מ שנתן לאשה אינו זוכה הבעל בגוף דהא קי"ל דמתנת שכ"מ כירושה כדאמרינן גבי איסור גיורא דכיון דליתיה בירושה ליתה במתנת שכ"מ ומה"ט מוציאין למזון האשה והבנות ממקבל מתנת שכיב מרע ואם כן א"ל דבפ' מי שהיה נשוי מיירי בשכ"מ שאמר לאשה נכסי לך ואחריך לפלוני דקנתה האשה הגוף כדין מתנת שכיב מרע דכירוש' היא עש"ב וכר' שזה תלוי בפלוגתא דבפ' מי שמת אמר רב פפא טעמא דהלואתי לפלוני קנה בשכ"מ אף על גב דליתא בבריא הואיל ויירש יורשה ורב אחא אמר משום דאיתיה בבריא במעמד ג' וכתב הר"ן והובא בספר ה"ז שם וז"ל אר"פ הואיל ויורש יורשה ולפ"ז אויר נמי דאיתיה בירושה בלא גוף כגון מי שנייר אויר לבניו שמורישו ליורשיו איתיה נמי בשכ"מ מיהו טעמא דרב פפא לא סליק אלא ה"ט וכו' במעמד ג' קנה הילכך אויר דליתיה בבריא בשום ענין אלא אג"ק לא מקני נמי במתנת שכיב מרע אלא עם הקרקע עכ"ל והביאו מרן הב"י סימן רנ"ג עיין שם אם כן לרב אחא כל דליתיה בבריא ליתיה בשכ"מ אף על גב דיורש יורשה ומתנת שכיב מרע לא עשאוה כירושה אלא לגרע כח מקבלי מתנה לענין דמוציאין למזון האשה והבנות משום דמתנת שכיב מרע דרבנן לא עדיף מירושה דאורייתא ולא עשאוה כמתנת בריא ואף על גב דאמרינן בפ' מ"ש גבי המוכר שט"ח לחבירו אפילו יורש מוחל ונותנו במתנת שכיב מרע אינו יכול למחול דעשאוה כשל תורה כבר כ' מהר"ס מפדוות סימן כ"ד דלא לכל מילי עשאוה כשל תורה עש"ב ואפילו עשאוה כשל תורה לא עדיף משל תורה ואדרב' מלינו שהיא גרועה ממתנת בריא דאורייתא דמוציאין ממנה למזון האשה והבנות והכא נמי הנותן לאשה במתנת שכיב מרע לרב אחא דקי"ל כוותיה כיון דבבריא לא קנתה בשכ"מ נמי לא קנתה ולא אמרינן הואיל ויורש יורשה ושו"ר למהר"ס ן' חביב בתשו' בס' גנת ורדים חח"מ כלל ה' סימן י"ג שכ' דמתנת שכיב מרע לקטן אין האב זוכה בה דהרי היא כירושה וה' המחבר סימן ע"ו דחה דלא עשאוה כירושה אלא לגרע כחן אבל מתנת שכיב מרע לקטן זכה בה האב עש"ב ואם כן הכא נמי זכה בה הבעל והרא"ש בתשובות סוף כלל א' כ' דמתנת שכיב מרע קטן בקרקע אינו כלום וכן דעת הגאונים וי"א דמתנת שכיב מרע קטן קיימת והכל

והכל הוא בידם כדאמרינן בפ' מ"ש דכל דליתיה בבריא ליתיה בשכ"מ והלואתי לפ' ליתיה בשכיב מרע אלא משום דאיכא בבריא במעמד ג' א"כ מתנת קטן דליתיה בבריא בשום קנין גם בשכ"מ לא מהני עיין שם וכ"כ המרדכי בפ' מי שמת תשו' ר' גרשום והובא גם כן בתשובות מהר"ש הארוכות סימן תקמ"ז דשכ"מ קטן שנתן קרקע אינו כלום עיין שם הרי דהגאונים והרא"ש והר"ן ס"ל דלא אמרינן הואיל יורש יורשה וכבר הוכיח כן ה' דברי אמת בקו' ז' סי' ג' ודחה דברי מהרימ"ט שכתב דר"פ ורב אחא לא פליגי עש"ב ועמ"ש בסי' רכ"ג דין ד' וא"כ נ"ל דרש"י סבירא ליה כי"א דהלכה כר"פ וכ"כ דעת הרז"ה עיין שם ועוד נראה דגם לר"פ לא אמרי' הואיל ויורש יורשה אלא לקיים מתנתו כדי שלא תטרף דעתו עליו אבל הכא לענין אם קנה הבעל או האשה לא שייך ה"ט ואפילו אמר ע"מ שאין לבעלה רשות בה נראה דאין מקיימין דבריו דמה"ט שלא תטרף דעתו אמרי' דמתנתו קיימת כמתנת בריא :

ונראה דאפי' למ"ד דאם נתנו לה אחרים ע"מ שאין לבעלה רשות בה התנאי קיים ה"ד במתנה אבל במכר אפילו התנה כן המכר קיים והתנאי בטל וכה"ג כתב מהר"י ן' הרא"ש ואחיו ר' יעקב בתשובות הביאה מרן הב"י סס"י ל"ט וז"ל גם כי מור"י הרא"ש כתב על ראובן שנתן מתנה על תנאי שלא יחול עליה שום שעבוד שהיא מתנה ואין שום שעבוד חל עליה נראה דדוקא במתנה אבל במכר שמכר ראובן לשמעון ע"ז התנאי המכר קיים אבל שעבוד כתובת אשה וב"ח חל עליה שהוא כ"ט לדבר שאם היה ב"ח טורפה א"כ לא נתקיים התנאי ובטלה המתנה וכולי וזה לא שייך אלא במתנה שאם יתבטל התנאי תחזור אליו בחנם וגם זכות הוא שתתבטל המתנה ותחזור אליו אבל במכר שאם יתבטל המכר צריך להחזיר המעות וכולי ודאי הוא רוצה שיתבטל התנאי כדי שלא יחזיר המעות ונמצא חוזר להיות מכר וכולי וגם לפי הטעם אחר שכ' הרא"ש במתנה שהמקבל לא קנאם אלא לפי דעת הנותן ולא קנאם אלא על תנאי שלא יחול עליו שעבוד ה"ד בנותן מתנה וכו' אבל במכר אינו מוכר אלא כדי לגבות מעותיו ואינו חושש לזה התנאי וכו' עיין שם וכן פסק מרן בש"ע סימן קי"א ס"ג ע"ש והכא נמי אפילו למ"ד דמהני תנאי דע"מ שאין לבעל רשות בה ה"ד במתנה דלא קנתה אלא על תנאי ואם לא נתקיים התנאי בטלה המתנה אבל במכר המכר קיים והתנאי בטל :

ב' והבעל לא קנה אלא הפירות וכולי אם הבעל נתן לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירו' כדאיתא בפ' ח"ה אבל הרב שנתן מתנה לעבד לא קנה העבד כלל כ"כ התוספות והרא"ש והרשב"א והריטב"א והר"ן בפ"ק דקידושין והמרדכי שם כתב בשם הר' אלחנן דבפ' ח"ה מיירי במזכה לה על ידי אחר דכה"ג אפילו בעבד מהני וכ' מהרא"נ"ח חלק שני סימן ב' דיחיד הוא בדבר וכתב ה' שמחת יו"ט סימן א' ולע"ד אפשר דדעת הגאון שהביא המרדכי קאי כוותיה גבי הרשאה עיין שם ולא דק דהגאון מיירי בעבד ועל ידי אחר זוכה מרבו ומהרא"נ"ח מיירי באשה שנתן לה בעלה דסובר הר' אלחנן דאם לא זיכה לה ע"י אחר לא קנתה הוא דקאמר דש' יחידאה היא עיין שם ומ"ש מהרא"נ"ח שם דגם הרב אלחנן לא אמר אלא לדחויה דאין ראייה מפ' ח"ה דאפשר במזכה לה על ידי אחר מיירי כבר תמה ה' נתיבות משפט דקל"א שהרי המרדכי כ' בתחילה ומסתברא מילתא דגמ' בשניהם שוים משמע דסבירא ליה הכי כדברי הר' אלחנן דשניהם שוים וכי היכי בעבד אינו יכול לקנות על ידי אחר הכא נמי אשה עיין שם ואם כן הרי הר"א והמרדכי סבירא להו דאשה שנתנו לה אחרים או בעלה קנה הבעל גוף ופירות דשוה לעבד אבל אינו מוכרח דאפשר דמודה דאם נתנו לה אחרים או בעלה קנתה הגוף (א"ה עכ"מ והדבר מובן) :

ג' והבעל לא קנה אלא הפירות וכו' כ' התוספות בקידושין דכ"ד בשם ר"י דאם הבעל נתן מתנה לאשתו קנתה לגמרי ואין הבעל אוכל פירות כדאיתא בפ' ח"ה אבל אם נתן מתנה לעבדו לא קנה העבד כלל וכ"כ הרא"ש והרשב"א והר"ן שם והרשב"א בתשו' ח"ב של"ט בא' שנתן קרקע לאשתו ואח"כ מכרו כ' וז"ל שאם נתן לה מתנה גמורה כבר אמרו הנותן לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות וה"ז מבטלת המכר מעתה וכו' שהוא קנוי לה יותר מנ"מ שהבעל אוכל פירות וזה אין הבעל אוכל פירות וכולי עיין שם אבל המרדכי בפ"ק דקידושין כ' בשם הרב אלחנן דהתם מיירי במזכה לה ע"י אחר דכה"ג אפילו בעבד מהני עיין שם וה' שמחת יום טוב סימן א' הק' מדאמרינן בפ"ב דנדרים גבי עירוב דמגו דזכי לנפשיה זכי לאחרים וכן בפ' י"ן גבי הכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהו אבדה כתובתה מוקי רב במזכה להם ע"י והא רב סבירא ליה כר"ע דאין יד לאשה בלא בעלה ועכ"ל דכיון דזיכה לה קרקע מגו דזכיה לנפשה זכייה להם כמ"ש הרמב"ן שם הרי דזוכה ע"י עצמה מבעלה ומכח זה כתב דסבירא ליה דמתנה שנתנו לה אחרים זוכה בה הבעל גוף ופירות והבעל שנתן מתנה לאשתו ע"י עצמה קנתה הגוף והבעל אוכל פירות ודוקא אם זיכה לה על ידי אחר קנתה גוף ופירו' ואם כן אמרינן מגו דזכייה לנפשה הגוף זכייה לאחרים הגוף עש"ב ואין נ"ל דאם סבירא ליה להר"א דאם נתנו לה אחרים קנה הבעל הגוף ופירות כמו בעבד ה"נ אם נתן לה בעלה לא קנתה כלל כעבד שנתן לו רבו מתנה דלא קנה כלל וכן כתב מהרא"נ"ח חלק שני סימן ב' דדעתו דאם נתן לה הבעל לא קנתה לא גוף ולא פירו' וכן אם נתנו לה אחרים קנה הבעל גוף ופירות כדין העבד ממש עיין שם מיהו נראה דאינו מוכרח דאפשר דמודה הר"א דאם נתנו לה אחרים או הבעל דקנתה הגוף ואין לבעל אלא פירות דמדמי' אשה עם בעלה לענין דקנה הבעל פירות כדין עבד עם רבו לקנין הגוף ואינו חולק אלא בנתן לה הבעל ר"י סבירא ליה קנתה גוף ופירות ול"ד לעבד והר"א סבירא ליה דה"נ מדמי' קנין הבע' לפירות כקנין הרב לפירות ואם נתן הבעל לאשה הבעל אוכל פירות וכן משמע במרדכי שכ' אח"ך דברי ר"י דאם נתנו לה אחרי' קנתה הגוף והר"י מקורביל מסתפק ולא זכר בזה דברי הרב אלחנן עיין שם ואם כן אמרינן מגו דזכייה לנפשה הגוף זכייה לאחרים שאר נכסים גוף ופירות :

ד' הנותן מתנה לאשה ע"מ שאין לבעלה רשות בה כתב הר' מח"א בהלכות זכייה סימן י"ב כיון דפלוגתא דרבוותא היא אין הבעל יכול להוציא מיד האשה משום דהגוף שלה ואין לבעל זכות בנכסי אשתו אלא בפירות ותקנתא דרבנן היא לא אתי ספק תקנתא דפירות ומוציא מיד האשה דהיא ודאי והוא ספק עיי"ש וכי האי גוונא כ' הגו"ר חח"מ כלל ה' סימן ח' עיי"ש ומהרח"ש חלק ב' סימן ט"ו באשה שנתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה והיא נתנה אותה במתנת שכיב מרע כ'

כ' דנראה לכאורה דכיון דהגוף שלה ואיכא לספוקי אם
זכה הבעל בפירות חשיבה האשה מוחזקת ועל הבעל להבי'
ראיה ויש סעד לזה מדתנן בפרק מ"ש נפל הבית עליו
ועל אביו וכו' נכסים בחזקת וכו' עיין שם וכבר כתבו
התוספות שם בד"ה ובה"א וכולי וז"ל וקשה לר"י מ"ש
דהכא אמרי' נכסים בחזקתם ומפרש בגמרא בחזקת יורשי
האשה ואלו בסיפא תנן נפל הבית עליו ועל אמו אלו
ואלו מודים שיחלוקו ואמאי הוה ליה למימר בחזקת יורשי
האם ותירץ דהאי תנא סבירא ליה ירושת הבעל דרבנן
ולכך לא הוי אלא בחזקת יורשי האשה וכו' עי"ש אלמא
משום דירושת הבעל דרבנן מוקמי' הנכסים בחזקת יורשי
האשה והכא נמי הנותן מתנה לאשה על מנת שאין לבעלה
רשות בה לא בחייה ולא במותה דאינו יורשה מיהו הא
ליתא דהא קיימא לן התם כבר קפרא דנכסי צאן ברזל
יחלוקו יורשי הבעל ויורשי האשה כמו שפסק הרמב"ם
בהלכות נחלות אלמא אפילו ירושת הבעל דרבנן בספק
יחלוקו וכבר כ' הרמב"ם בפ' כ"ג מהלכות אישות ובפ'
ו' מהלכות נחלות ירושת הבעל אף ע"פ שהיא מדבריהם
עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה ואין התנאי מועיל בה
וכו' עיין שם במ"מ וכן כ' בסוף פ' י"א מהל' שמיטה
דעשו לה חיזוק ואינו מחזיר ביובל עיין שם ואם כן נר'
דהוי כספק בירושה דאורייתא וכן כ' מהרשד"ם סי' קנ"ד
דבכל ספק שיפול הבעל מוחז' דדינו כדאורייתא עי' שם
וכבר מהרח"ש חזר וכת' דאדרבה א"ל כיון דעל הסתם
כל נכסי האשה יש לבעל זכות בפירות ואם מתה יורש'
אם כן הבא להוציא זכות הבעל מספ' עליו להביא ראיה
שהרי כת' הרמב"ם בפרק כ"ב מהלכות אישות וז"ל אם
מלאו מעות או מטלטלין ביד האשה וכו' אם אמרה על
מנת כן נתנו לי שלא יהא לבעלי רשות וכו' עליה להבי'
ראייה שכל ממון שנמלא ביד האשה בחזקת הבעל הוא
שיאכל פירות עד שתביא ראייה הרי אף על גב דהיא
טוענת ברית אמרי' דעל הסתם בחזקת הבעל הם עיין
שם וכ"ל דהנותן מתנה לאשה ע"מ שאין בעלה יורשה לא
מהני תנאו אבל לגבי הפירות נראה דמהני התנאי שאין
הבעל אוכל פירות כדאמרי' בריש פרק אף על פי דלא
עשו חיזוק בפירות ובריש פרק הכותב אמרי' דעשו חיזוק
בירושת הבעל משום דירושה שכיחא ופירות לא שכיחא
וכמו שכתבו התוספו' בד"ה וקסבר וכו' עיין שם ואם כן
בירושה התנאי בטל אבל בפירות תנאו קיים והכא נמי
בספקא דדינא ופלוגתא דרבוותא בירושה דבעל אף ע"ג
דהיא דרבנן הוי כספק דאורייתא אבל לגבי הפירות הוי
ס' דרבנן והרב פני משה ח"א סימן ע' כ' באחד שנתן
קרקע לשמעון בתנאי שיתן ללוי מפירות קרקע אלף לבני'
ויש ס' אם חייב ליתן בכל שנה או בפעם א' כת' כיון
דגוף הקרקע זכה בו ואין הס' אלא בפירות אם כן על
המקבל להביא ראייה על הפירות כההיא דאלן הסמוך
לעיר דס' קדם זה או זה קולץ ואינו נותן דמים משום
דלקלילה קאי וכל טענותם על עסקי דמים אמרי' הביא
ראייה וטול והכא נמי דעל כל פנים זכה בקרקע והס'
אינו אלא בפירות עיין שם ואם כן נראה כיון דהגוף של
אשה וספק אם זכה הבעל בפירות או לא עליו להביא
ראייה ובגיטין די"ז אמרינן מכל מקום תקנו זמן בגיטין
ר"ל אמר משום פירות ופירש"י אם ימכור הבעל בפירו'
כ"מ שלה תגבס ואם לא יהא בו זמן יהיה מוכר והולך
וכשתובע לדין הוית ידה על התחתונה שיאמר לה קודם
גירושין מכרתי עיין שם נר' דהתם כיון שכבר זכה הבעל
בפירות והם בחזקתו והיא שבאה להוציא ממנו עליה להבי'
ראייה אבל בפירות (אמר המגיה עד כאן מלאתי והדבר
מבואר) :

ה' כתב הרב לחם רב סימן רכ"א דמה שקנה עבד
קנה רבו היינו אפילו הנכסים שקנה קודם
שהיה עבדו עיין שם :

ו' והבעל לא קנה אלא הפירות וכולי הבעל שנתן
מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירו'
כדאיתא בפ' ח"ה אבל הרב שנתן מתנה לעבדו לא קנה
העבד כלל כן כתבו התוספו' והרא"ש והרשב"א והריטב"א
והר"ן בפ"ק דקידושין עיין שם וכ' מהר"י הלוי בתשובו'
בספר גו"ר חח"מ כלל ה' סימן ג' דמתנה לאשתו לא
קנתה הגוף אלא הפירות בחיו והגוף לאחר מיתה וכ"כ
מהר"י פ'ראג'י בתשו' שם סימן ו' דגרועה היא ממתנ'
דמהיום ולאחר מיתה עיין שם באורך אבל הרב המחבר
ומהר"י חביליו כ' דקנתה הגוף מהיום קנין גמור והיא
עדיפא מנכסי מלוג אלא שאינה יכולה למכור וליתן בחיי
בעלה וכן הוכיחו רבני ארץ ישראל בתשו' שם סימן ט'
עיין שם באורך וכן ראיתי להרשב"א בתשוב' ח"ב סימן
של"ט על בעל שנתן קרקע לאשתו ומכרו בלא דעת אשתו
שכת' וז"ל שאם נתן לה מתנה גמורה כבר אמרו הנותן
מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות וה"ז מבטל'
המכר מעתה וכו' מחמת שהבעל מכר קרקע שלה שהוא
קנוי לה יותר מנכסי מלוג שהבעל אוכל פירות וזה אין
הבעל אוכל פירות וכו' עכ"ל וכן כ' הרי"ף בתשו' סי'
ט' שהוא שלה גוף ופירות מהיום עיין שם והרשב"ש בתשו'
סימן ג' על אחד שנתן קרקע לאשתו והתנה עליה שלא
תמכור שלא ברשותו כ' וז"ל ומה שהתנה עליה כך אפי'
לא התנה הדין היה כך שלא תמכור בנכסי מלוג אלא
ברצונו ואף על פי שהמתנה הזאת אין הבעל אוכל פירו'
ובכ"מ יש לו פירות וכו' עיין שם הרי דסביר"ל דמתנת
הבעל לאשתו עדיף מנכסי מלוג שלה ואפילו הכי לא תוכ'
למכור בחיי הבעל בלא רשותו אבל רבני א"י בתשו' כ'
דאם עברה ומכרה מכרה קיים כל ימי חייה אפי' לדעת
ר"ת ודוקא אם מתה מכרה בטל וכן כ' הרמב"ן בפר'
ח"ה בשם ר"ת וכן כ' מהרש"ח בביאורו סימן ט"ל עי'
שם באורך וכן מלאתי להרמ"ה בתשובו' סימן רל"ז וז"ל
תדע דהא קיימא לן המוכר שדה לאשתו קנתה והבעל
אוכל פירו' במתנה קנתה ואין הבעל אוכל פירות וכיון דאין
הבעל אוכל פירות שמע מינה דאם מכרה או נתנה קיי'
דהא איסתלק מהאי ארעא לגמרי דאפי' כנכסי מלוג נמי
לא חשבי' ליה לגביה דאם כן אמאי אינו אוכל פירות
ועוד דלא קיימ"ל דזכותיה דבעל לענין פירות אלים טפי
מדיניה לאפוקי מהלוקת דהא גבי הכותב לאשתו דין ודברי'
אם מכרה ונתנה קיים ואפילו הכי כל זמן שלא מכרה
ונתנה הבעל אוכל פירות כדקתני בהדיא בר"פ הכותב
והכא גבי הנותן שדה לחבירו כיון דאין הבעל אוכל פירות
כל שכן דאם מכרה ונתנה קיים וכו' עכ"ל ולפ"ז נראה
דאם התנה עליה שלא תמכור מהני התנאי :

ז' כתב הרמב"ם בפ' כ"ב מה' אישות דאם אמרה
נתנו לי ע"מ שאין לבעלי רשות בהם אלא
אעשה בהם כל מה שארלה עליה להביא ראיה שכל ממון
שנמלא ביד האשה בחזקת הבעל הוא שיאכל פירותיו עד
שתביא ראייה וכת' המ"מ שכן דעת הרמב"ן ויש חולקין
וסביר"ל דהיא נאמנת וזה דעת הרשב"א עיין שם וכתב
מהרא"ד"ב בתשוב' סימן רכ"א דהוא הדין בעבד ואם כן
אם העבד אמר נתנו לי ע"מ שאלא לאירות הוי פלוגת'
דרבוותא ומספק אין מוליאין מידו והביאו הרב כנה"ג

חי"ד

חו"מ סימן רס"ז אות ל' עיין שם אבל הריטב"א בחיד' לקידושין ד' ס"ה גבי זה עבדי וזו אשתי וזו חבילתי וכו' כת' וז"ל ואלו כשקבלה הגט טענה אין בעלי הוא מיהו החבילה שלי שנתנה לי ע"מ שאין לו זכות בה מהימנה לזכות בחלקה מגו דאי בעי אמרה עבדי הוא והחבילה שלי מה שאין כן מאשה דעלמא שבאה עם בעלה וידע לנו שהוא בעלה שכל שנמצא ברשותה או בהורת כ"מ ואינה יכולה לטעון שנתנו לה על מנת וכולי אבל בהא דשמעתין שאין ידוע לנו שהוא בעלה מהימנה במגו ואפ' דה"ה באשה בתחת בעלה דמהימנה בכך כל דאית לה מגו כגון דליכא ראייה וכולי מיהו לגבי דידהו אם קבל אחד מהם גט מחבירו שלא בהכרת בית דין הוי הודא' שהוא עבדו ואין לו בחבילה כלום דכיון דגופו קנוי לרבו כל מה שהוא שלו בחזקת רבו כמו שגופו בחזק' רבו ואין לו שום חזקה בנכסים שברשותו בשום מגו ואינו יכול לו' שנתנו לי על מנת שאין לרבו רשות בהם עד שיבי' ראיה לדבריו כי הוא המוציא מחבירו עליו הראיה וזה מבואר עכ"ל הרי דס"ל דאשה נאמנת לומר שנתנו לה על מנת שאין לבעלה רשות בהם במגו אבל העבד אפי' אין ידוע לנו שהוא עבדו אלא על פי הודאתו אינו נאמן לו' נתנו לי אחרים על מנת שאין לרבו רשות אפילו במגו דלהד"ם והפה שאסר וכו' דכיון דגופו קנוי לרבו בחזקת רבו והוא המוציא עליו הראייה ולכאורה נראה משום דמגו להוציא לא אמרי' אפי' במגו אלים דאי בעי שתיק והפה שאס' וכו' כמו שהוכחתי בסימן פ"ב אבל למ"ד דאמרינן מגו אפילו להוציא הכא נמי נאמן העבד במגו דאף על גב דהוי בחזקת רבו והמוציא מחבירו עליו הראייה אמרינן מגו אפילו להוציא אך קשה דהרי הריטב"א סבירא ליה דאמרי' מגו אפילו להוציא כמ"ש בפרק ב' דכתובות גבי הכא אין שור שחוט לפניך וכו' וזה ל' ויש ללמוד מכאן דאמרי' מגו אפילו לאפוקי ממונא וכו' ומכל מקום עיק' הדין כך הוא מקובל בידינו מרבי' הגדול הרמב"ן דאמרי' מגו אפילו לאפוקי ממונא ע"ש ואם כן הכ"נ אמאי אין העבד נאמן במגו :

ח' כתב מהרש"ך חלק שני סימן קס"ו על אשה שנפלה לה ירושה מאמה קרקעות ומטלטלין ואמרה שהמטלטלין נתנה אמה לבתה במתנה דאפי' למ"ד דנאמנת לומר נתנו לי במתנה ע"מ שאין לבעלי רשות בהם אינה נאמנת לומר שאמה נתנה לבתה במגו דנתנה לי ע"מ שאין לבעלי רשות דהוי כמגו במקום עדי' דקול יוצא למתנה ואנן סהדי דלא נתנה אמה לבתה מדלא יצא הקול עיין שם ונראה דאע"ג דמתנה לא שכיחא היא כמ"ש התוספות במציעא דף ע' בד"ה אתא וכו' דמתנ' לא שכיחא ולא טעני' ליורשים אע"פ שאביהם היה נאמן וכן כתבו התוספות והרא"ש בפ' הכותב עיין שם וכ"כ הרשב"א בתשובות חלק שלישי סימן קל"ג ע"ש ואפילו מתנה שכיחא היא מ"מ מתנה דע"מ שאין לבעלי רשות ודאי לא שכיחא שהרי הרמב"ם סבירא ליה דאינה נאמנת לומר כן ואם כן גם הרשב"א דס"ל דנאמנת טענה גרועה היא מכל מקום הרי הרשב"א בתשובות ח"ג סימן שס"ט הוכיח דאמרי' מגו אפילו בטענה דלא שכיחא עש"ב ואם כן ה"נ נאמנת לומר שאמה נתנה לבתה במגו דנתנה לי ע"מ שאין לבעלי רשות אבל משום דקול יוצא למתנה הו"ל כמגו במקום עדים אבל הרשב"א בתשובות סימן אלף ע"ב כ' על אלמנה שתפסה מטלטלין וטענה שבעלי נתנם לי דאם אין העדים שהיו של בעלה או שאין עדי' שישנו תחת ידו נאמנת משום מגו דאי בעיא אמרה לא היו של בעלי מעולם או לא באו לידו מעולם ואפי' ראו אותם תחת ידה יכולה לומר החזרתים וכל שיש לה מגו נאמנת עכ"ל וכן כתב הרדב"ז חלק שלישי סימן תפ"ג דנאמנ' לו' אבי נתנם לי ע"מ שאין לבעלי רשות במגו הרשב"א בתשובות ע"ש :

סימן ר"ן

א' דין א' מתנה ש"מ וכולי וקונה לכשימות למפרע משעת נתינה בלא קנין הטור ומה שהקש' מרן הב"י דמתנת בש"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה כבר כתב הרמ"ע סי' ל' דלק"מ שהרי אמרו דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורי' דמו ועכ"ל דקנה למפרע לכשימו' ואם עמד חוזר עיין שם וכן מבואר בתוספות והרא"ש ספ"ק דגיטין דלא קנה אלא לאחר מיתת הנותן מיהו לכשימות קנה למפרע משעת נתינה ואמירה משום דהוי כמסורים מאותה שעה עיין שם ועיין בהב"ח וה' בית דוד סימן קל"ב :

ב' אפי' לא דבר השכ"מ אלא שאלו לו אם רוצה ליתן מנה ואמר הן נותנהו מתנה ה' לחם רב סימן ר"ו והביאו הכנה"ג עיין שם וכ"כ מהריט"ץ סימן ח' עיין שם וכן כתבו התוספות בקידושין דע"ח ע"ב בד"ה ל"ן וכולי בס"ד עיין שם וכן כתב בתשו' הגאוני' שער ג' סימן א' והביא ראייה מההיא דנכסיך למאן וכולי עיין שם וכן פסק ה' בית יהודה סימן י"ג בטענה ג' ולא זכר דבריהם עיין שם וכן כתב מרן בתשובות בס' אבקת רוכל סימן כ"ג בשכ"מ שאמר יש לבחור זה בנכסי כו"ך וא"ל שמעון מי הוא הבחור לוי והשיב הן הוי כאומר מתחלה שיש ללוי מההיא דנכסיך למאן וכו' עיין שם והרשב"א בתשובות הביאה מרן הב"י בא"ה סי' ל"ו כתב וז"ל אלמנה שנשתתקה ובאה לגבות כתובתה וצריכה שבועה ונבדקה והיא רומזת וכו' אם שומעת אע"פ שאינה מדברת כפקחת בכל הדברים וכו' ולא שנלך אחר רמיזותה אלא הרכנת הראש דהרכנת הרא"ש כדבור וכדג' בירושלמי וכולי ומכל מקום כל שצריכה שבועה ואינה מדברת איך תשבע שאפילו בדקנוה ושאלנוה אם נטלה כלום והרכינה בראשה שלא נטלה והשביעוה מפי אחרי' שמא לא נתכוונה בהרכנת הראש לאמת להפכו כל שאינה מוציאה מפיה וכו' עש"ב הרי דהרכנת הרא"ש הוי כדבור :

ג' בשכ"מ אין דין אסמכתא מרדכי וכולי וכ"ל ראייה ממתני' בפ' מי שמת אם ילדה אשתי זכר וכולי ויש לדחות הרב כנה"ג אות י"ח ע"ש ולא זכר מ"ש הטור בסי' רנ"ג וז"ל שכיב מרע שהיתה אשתו מעוברת ואמר אם תלד אשתי זכר וכולי פי' רב אלפס והר"י הלוי דהא לא איירי אלא בשכ"מ שדבריו ככתובי' וכמסורים דמו אבל לא בבריא וכו' דהא אסמכת' היא אם ילדה קאמר עיין שם אבל הרשב"א בתשובות סימן תתקל"ג והביאו מרן הב"י סימן ר"ז כתב דמתני' מיירי אפילו בבריא ולא אסמכתא במתנה ע"ש הטעם וכן כתב הריטב"א והנ"י בחי' לנדרי' דכ"ז בשם הרשב"א והרא"ה והסכי' עמהם וכן כ' הר"ן בשיטה מקו' לבתרא דקמ"ח בשם הרב יונה והסכים עמו עיין שם ועיין בב"י סימן ר"י :

ד' מתנת שכיב מרע וכו' צוואת שכיב מרע שכתוב בה צוה שלאחר פטירתו תנו לפ' כו"ך כתב ה' כרם שלמה סימן ע"ג דאין מתנה זו קיימת כיון שמיד לאחר פטירתו נפלו הנכסים לפני היורשים וזכו בהם

בהם והביאו ה' קהלת יעקב דק"ע סימן תקכ"ט ע"ש ולכאורה נראה שזה תלוי במחלוקת דהרשב"ם בתשובות סימן שס"א כ' דבהקדש אין צריך מעכשיו ואפילו אמר לאחר מיתה קנה וכ"כ הרשב"א באומר סלע זו לצדקה לאחר ל' יום ע"ש וכן כתב הרדב"ז חלק שלישי סימן תקכ"ג במי שהקדיש לאחר מיתה וז"ל וא"ת הרי לא הקדיש אלא לאחר מיתה ובאות' שעה כבר הוא של יורש ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו והוי כנותן לחבירו מתנה לאחר מיתה וכולי כיון דאמירה כמסירה הוי כאלו מסרו להקדש מחיים ושוב לא יוכל לחזור בו וכו' עיין שם וה"נ שכיב מרע אפי' לאחר מיתה קנה מה"ט שדבריו כמסורין וכאלו מסרו מחיים וכה"ג כתב המרדכי בפ' שור שנגח בשם ר"מ דאסמכתא קניא בהקדש דאמי' לגבוה כמסירה להדיוט היינו כמסירה המועלת בהדיוט וכן דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו פי' כמסירה המועלת בכל מקום באיזה צד שמועיל והביאו מרן הב"י סי' ר"ז ע"ש הרי שהשוה דברי שכיב מרע כהקדש וכן כתב הטור בסי' רנ"ג סמ"ב וז"ל שכיב מרע שהיתה אשתו מעוברת ואמר אם תלד אשתי זכר יטול מנה וילדה זכר יטול מנה וכו' פי' רב אלפס והר"י הלוי דהא לא איירי אלא בשכיב מרע שדבריו ככתובים וכמסורים דמו אבל לא בבריא וכולי דהא אסמכתא היא אם ילדה קאמר וכולי עיין שם הרי דמהר"י הלוי ורב אלפס והטור ס"ל ג"כ דאסמכת' קניא בשכיב מרע משו' שדבריו כמסורי' מסירה גמורה וכן כתב הרמ"ה בפ' מי שמת סימן נ' עש"ב ואם כן אפילו אמר לאחר מיתה קנה מה"ט וכן משמע בהדיא מדברי מהר"ש בתשובות הקצרות סימן ר"ו שכת' דמלוה מחמת מיתה כגון שאמר אם מתי או לאחר מית' עיין שם ובהרשב"א בתשובות חלק שני סימן קכ"ח וה' בית דוד סימן קל"ב דקמ"ג כתב דעיקר מתנת שכ"מ היא לאחר מיתה עש"ב וכ"ל ראייה מדברי הרשב"א בתשו' הביאה מרן הבי' סימן רנ"ג ראובן שהיו לו ב' בנים א' גדול וא' קטן וכתב שהוא נותן לגדול מאתים זוז לאחר פטירתו וכולי משתב' דאין לו אלא מאתים זוז או חלק ירושה שאם רצה האב ליתנה לו יותר על חלקו למה כתב לו מחמת ירושה וכולי וכתב מהרי"א סי' ש"ז דנראה מדבריו דטעמא דכתב מחמת ירושה וכולי וכתב מהרי"א סימן ש"ז דנראה מדבריו דטעמא דכתב מחמת ירושה הא לא"ה נוטל כתב זוז וחלק ירושתו והביאו ה' קהלת יעקב דקע"א סימן תקס"א עיין שם אלמא אע"ג דאמר לאחר פטירתו אם לא אמר מחמת ירושה נוטל במתנה מלבד ירושה וכן מצאתי להרשב"א בתשובות ח"ד סי' רל"ט עיין שם :

ה' מתנת שכיב מרע וכו' כ' הרשב"א בתשו' חלק שני סימן קכ"ח וז"ל מ"ש שלא הזכיר במנוי האפטרופוס אלא נכסיו ותכף שמת יצאו הנכסים מכלל ממונו כההיא ששנינו בנדרים בפרק השותפין קונם ביתך שאני נכנס שדך שאני לוקח מת או מכרם הרי זה מותר בזה דקדקת יפה וכולי ועוד נ"ל דלענין שכיב מרע שאמר נכסי אין אנו דנין בו כענין אוסר נכסיו שהשכ"מ שצוה על נכסיו אומדן דעתא הוא שאינו מתכוון באומר נכסי בעודן נכסיו שא"כ בטלת דבריו לגמרי וכו' ועוד דהא קי"ל דמתנ' שכיב מרע אינה עד לאחר מית' ואם כן האומר נכסי לך לא אמר כלום שבשעה שחלה המתנה כבר יצאו הנכסים וכולי עיין שם משמע דס"ל דבריא שאמר נכסי לך היורשים מוציאין מיד המקבל וכר"פ הכותב בכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך דאמר רב אשי בנכסיך ולא בפירותיהם בנכסיך ולא לאח' מיתה כת' בס' א"ז בשם הרשב"א וז"ל תמיה לי מ"ש ממוכר או נותן נכסיו בעלמא דלא אמרי' הכי ומסתברא דנותן נכסיו כיון שאין לו זכות מוחלקי' בנכסיו כשהוא נותן נכסיו סתם הכל בכלל אבל האיש בנכסי אשתו יש לו זכות מוחלקים פעמים וכולי כשהוא נותן סתם אמרינן דלאו כולהו יהיב וכיון שכן לא יהיב אלא גוף הנכסים וכולי וכן נמי כיון דלא הוי חיים ומות בכלל אלא חד מנייהו טפי ה"ל בל' כנוי נכסים בעוד שהם שלה דהיינו מחיים דתנן בפרק השותפים קונם ביתך וכולי ע"ש הרי דס"ל דנותן נכסיו סתם לא אמרי' הכי אלא דוקא בזכות האיש בנכסי אשתו וכן כ' בשם רש"י עיין שם והריטב"א שם כת' וז"ל דהתם הוא בנדרים משום דאמר רחמנא ככל היוצא מפיו יעשה אבל לגבי מו"מ ושעבוד ומו"מ של בני אדם אורחא דאינשי נכסיך אפילו מן הפירות ובאומר נכסי לפ' משמע בין הגוף ובין הפירות וכן כשאמר בנכסיך לאו למעוטי כשתמות אלא באומר בנכסיך דהשתא מיהא כיון דלא קאמר אלא דין ודברים וכולי עיין שם באורך הרי דלכ"ע דהתם דוקא דייקי' בנכסיך ולא לאח' מיתה אבל בעלמא לא ונראה דמתנת שכיב מרע אף על גב דלא חלה עד לאחר מיתה הרי אמרו דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו דקנה למפרע מחיים כשימות כמבואר בדברי התוספו' והרא"ש ספ"ק דגיטין עיין שם ואם כן אפי' נכסי לך בעודן נכסיו היינו דחלה המתנה מחיים לכשימות וגדולה מזו כתב הנ"י בפ' מי שמת גבי כל שעמד חוזר וכו' בשם הריטב"א דאפי' נתן כל נכסיו מעכשיו הו"ל כמעכשיו אם מתי עיין שם וכן כתב הר' יונה בס' א"ז לבתרא דקנ"ג דר"א ס"ל אין מתנת שכיב מרע קונה לאחר מיתה אלא כל מתנת שכיב מרע מהיו' היא וכיון דאזלינן בתר אומדנא כמו שפי' בה מהיום אם מתי דמי עיין שם וה"ה לרבנן כשפי' בה מהיום וא"כ הכא נמי דבנכסיך לך דהיינו בעודן נכסיו הוי כאומר מהיום אם מתי ושוב ראיתי לה' עדות ביעקב סימן ע' שהאריך בתשו' הרשב"א עיין שם באורך :

ו' מתנת שכיב מרע וכו' צוואה בפני עדים קרובי' לנותן ורחוקים לבניו נחלקו הראשוני' אם כשרה היא או לא וכבר כתבתי בסימן נ"א סי"ב דין ה' עיין שם וכ' ה' המאירי בחי' לסנהדרין דכ"ח וז"ל ראיתי לקצת רבותי שאף הפסולים לא פסלו אלא כשנעשה כן דרך טעות שהיה חושב שכשרים הם אחר שהם רחוקים לבניו אבל אם נתברר שיודע היה בפסול אלא שכוון לצוות לפני קרובו שלא לפרסם את ענייני לזרים שלא להשביע את בניו כשרים ומדין דברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמו וכו' ואף הם כפרו לנו שמנהג קבוע היה בנרבונה להכשיר קרובים בצוואת שכ"מ מפני שאדם רוצה לעשות כן בצינעה עכ"ל ומהר"ם ן' חביב בתשו' בספר גו"ר כלל ה' סימן י"ג כ' דכל צוואה בפני עד א' או בפני עדים קרובים אפילו מודה היורש שהוא מאמין לעד שכך צוה מורישו טעני' ליורשי' דהשכ"מ לא גמר בלבו לתת אותה מתנה כיון דלא היו שם שני עדים כשרים שמא צוה כן כמשחק ומהתל או שלא להשביע את בניו וה' המחבר חלק עליו וכבר כתבתי בסימן נ"א דאם מודה חייב עש"ב וכן הסכים ה' כרם שלמה סימן ה' וכ"כ מהרשד"ם חא"ה סימן ל"ג עיין שם וכן מבואר בתשובות הריב"ש סימן תכ"ב וז"ל ואע"ג דבצוואת שכ"מ לא בעי' עדים דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו זהו כל שהיורשים מודים שכך צוה השכ"מ אבל כיון

שיש כפירה בדבר וכולי צריך המוליא וכולי עיין שם וכן כתב בתשובות האחרונות סימן רמ"ט ואפילו לא היו שם עדים בשעת הלוואה רק הודאת פיו דקי"ל לא אמרו שהדי אלא לשקרי עיין שם וכן כתב הרשב"ש סימן ס"ה עיין שם וז"ל מהר"ם בתשובות הקצרות סי' קכ"ב ואשר שאלת על מלוה מחמת מיתה שלוה לתת לבנותיו עשרין זקוקים ואין שומע כי אם האם וא' מן היורשים שאר יורשים יכולים לומר אין אנו מאמינים לאלו דקרובי' הם ולא מהימני כדאמרינן בפ' י"נ זה אחי אינו נאמן לגבי שאר האחים אבל יטול עמו בחלקו הכא נמי בנדון זה היורש ששמע עליו לקיים דברי אביו בחלקו לפי חשבון וכו' עכ"ל משמע דאם שאר יורשים מאמינים לקרובים שכך לוה חייב וה' שבות יעקב חלק שני סימן קס"ט כ' דלוואה בעד א' אינה כלום ואין צריך לקבל חרם כי אם מאמינו עיין שם וכן כתב המבי"ט חלק שני סי' קמ"ח דאם היורש מאמין צריך ליתן עיין שם ועיין בספר בית יהודה חלק ראשון סימן י"ג בטענה ה' ועי' במהרימ"ט חלק א'. סימן ק"ה אבל ראיתי למהר"ם בתשו' האחרונו' סימן תקל"ט שכ' וז"ל דהיכא דאמרי' דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו היכא דא"ל לשליח הולך כו"ך לפ' או תן כך וכך לפלוני כי כבר זכה בהם השליח או היכא דאפקיד באנפי תרי סהדי ואמר וכ"ך לפ' מנכסי דכיון דע"פ תרי סהדי אמרינן ככתובים וכמסורים דמו עכ"ל וכן כתב הרי"ף בתשו' סי' ל"ו על אח גדול שנתן לאחותו קרקעות ואחיו הקטן כשגדל ערער וטענה היא שאביה לוה כך וז"ל אם יש ליורש עדים שהיו לאביו וכשנפטר היו בחזקתו אין שומעין לה שאומר שאביה לוה לה וכו' ואם לא תביא ראייה לדברייה ישבע לה היורש שאינו יודע שלוה לה אביה בכלום ויפטר ויולא מן הנכסי' וכו' חלקו לבדו וכו' עיין שם ונראה דאין צריך לישבע אלא אם טענה עליו אתה יודע שאביה לוה כך דכל דלא הי"ל לידע אין צריך לישבע אלא אם כן טוענו ברי"א אתה יודע ודוקא גבי מנה לי בידך אפילו לא טען אתה יודע צריך לישבע שאינו יודע :

ז' צוואה שאחד מן העדים חשוד על השבועה כתב הרי"ף בתשו' סימן רכ"ז דבטלה לפי שהי' בעד אחד ואם אותם העדים נזדמן להם שהעידו בשעה א' הרי אפילו העד הב' בטל וכו' ע"ש :

ח' שדברי שכיב מרע ככתובים וכו' מתנת שכיב מרע לקטן צריך שיזכה לו על ידי אחר ואם לא לא קנה דתרי קולי לא עבדי' שיהיו דבריו כמסורי' וכאילו זכו אחרים לא אמרי' הרב כנסת הגדולה בסימן רכ"ג עיין שם ומהר"ש ן' חסון בספר בית שלמה סימן ל"ה כ' דבשכי' מרע הו"ל כמסורים ע"י אחר ע"ש וכ"כ הכנה"ג עלמו בסי' ר"י דש"מ א"ן זכוי עיי"ש וכבר חלק עליו הרב דברי אמת בקונטרס ז' סימן ג' שהרי כתב המרדכי בפרק בור בנגה בשם מהר"ם דדברי שכי' מרע ככתובים וכמסורים דמו פי' כמסירה המועלת בכל מקום באיזה לד שמועיל ומהאי טעמא אסמכתא קניא בהקדש ובשכיב מרע והביאו מרן הב"י סימן ר"ז מחודש מ"א ולדברי הריטב"א פ"ק דקידושין שכת' וז"ל והא כמסירתו וכו' פירוש כהקנאתו ובשטרות הוי ככתיבה ומסירה וכו' והוא דקאמר וכל שעבודו דגבי דהקנאה דהדיוט לא בעי אמירה דהדיוט בעי מפי מורי והביאו הש"ך בסימן ס"ז עיין שם וכן דעת הרשב"א גבי שכיב מרע דבשטרו' נ"ל קני לך הוא וכל שעבודיה עיין שם נראה דהכא נמי צרי' שיזכו לו אחרים ואם לא א"ל זכה לפלוני לא קנה אבל למאי דקיימא לן דשכיב מרע אפילו לא אמר קני הוא וכל שעבודיה קנה השטרות הכא נמי כיון שאמר לאחרי' תנו לקטן הוי כאלו א"ל זכו בשבילו דדברי שכיב מרע כהקנאה ואמירה דהדיוט דמי :

ט' שדברי שכיב מרע ככתובים וכולי אם היורש טען נתתי צריך לישבע שבועת היסת דל"ל דכיון מתנת שכיב מרע דרבנן ושבועה דרבנן תקנ' לתקנה לא עבדי' דהא אמרי' בפרק מ"ש דעשאוה כשל תורה הרדב"ז ח"ב סימן תבי"ח עיין שם ומהר"א הלוי בספר גן המלך סימן ח"י כתב הא דקיימא לן תקנתא לתקנתא לא עבדי' היינו בעיקר השבועה היא תקנה אבל במנון גופיה שהוא מכח תקנה בפיר יש להשביעו שבו' היסת וכן מוכח בשבועות דף מ"א בדרבנן נמי אם לא רלה לישבע נתתי' לנכסיה עיין שם אבל מהר"ם מפדוואה סימן כ"ד בלוואה בערכאות של גוים כ' וזה ל' שתקנת חכמים היא שתקנו בשטרות העולים בערכאות של גוים שיהיו כשרים וכו' וגם מתנת שכיב מרע שכתובי' וכמסו' דמו הוא תקנתא דרבנן וכו' תקנתא לתקנתא לא עבדי' ואף על גב דאיתא בפ' מי שמת דהאי תקנתא דשכי"מ אף כי אינה של תורה עשאוה כשל תורה וכולי ואם כן נאמר מאחר שהעדיפו תקנה זו והחזיקו אותה כשל תור' כדי שלא תטרף דעתו לא שייך לו' תקנתא לתקנתא לא עבדי' ע"כ לא לכל מילי היא כאלו היתה מן התורה דהא רב אלפס בפ' י"נ לפי שיטתו דסבר במתנת שכי' מרע אלמנתו ניזונת מנכסיו מק' מהא דתנן אין מוליאין לאכיל' פירו' ולשבח קרקעות ולמזון האשה והבנו' מנכסי' משועב' ומתרץ דמזונות אלמנה ומתנת שכיב מרע תרוויהו תקנתא דרבנן נינהו ובהדי הדדי קאתו לאחר מיתה הילכך לא דחיא חד מנייהו לחברתה ותרווייהו רנה עכ"ל נר' בהדיא מלשונו דאם היתה מתנת שכיב מרע דאורי' היתה דוח' חברתה כמו מתנת בריא ומכירה ואם נחשוב תקנה זו כאלו היתה דאורי' למה לא תדחה חברתה דאלמנה ניזונ' אלא ודאי לא לכל מילי עשאוה כשל תורה אלא למאי דאתמר אתמר והבו דלא לוסיף עלה עכ"ל ובסי' רנ"ב אכתוב דברי מהר"י ן' הרא"ש דסבירא ליה דאין חילוק בין דאורייתא לדרבנן אלא שקונה מיד או שאינו קונה אלא לאחר מיתה דאתו תרווייהו בהדי הדדי והיינו טעמ' דאלמנתו ניזונת מנכסיו ממתנת שכיב מרע אפי' עשאוה כשל תור' אבל החכמי' חלקו על מהר"י ן' הרא"ש והוכיחו דהדבר תלוי בין דאורייתא לדרבנן עש"ב וכ"כ מהרב"א בתשובות סימן י"א דעיקר טעם הרמב"ם דמתנת בריא דהוי דאורייתא חשיב כמשועבדים אבל מתנת שכיב מרע דלא קניא אלא מדרבנן כירוש' שוי' רבנן ולא הוי כמשועבדי' ואין חי' בין קדמו או באים כא' עיין שם ועמ"ש בסי' ק"י דין ט' וא"כ שמעי' דמתנת שכיב מרע לא עשאוה כשל תורה לכל מילי והכא נמי אין צריך לישבע שבועת היסת דתקנתא לתקנתא לא עבדי' מיהו הרמב"ם בפ"י מהלכות זכייה כ' אמר תנו ואמרו יתומים נתנו נאמנים ונשבעים שבועת היסת שנתנו והביאו הטור בסימן רנ"ה ועיין שם בהראב"ד :

ומ"ש הרדב"ז שם דאין חי' בין תובע ע"פ או בשטר הלוואה נאמן היורש לומר פרעתי וז"ל הראב"ד בהשגות פ"י מה' זכייה ועי"ל כי מה שהק' בגמ' אדרבא איפכא מסתברא ע"ד אמת הק' דמנה לפ' בידי הודאה היא וכדברי בריא ואם נכתב כמלוה בשטר היא ויש פני' שלא יהיו נאמנים לומר פרענו אבל תנו שהוא לשון מתנה אם לא אמר כתבו אע"פ שכתבו העדי' ונתנו לו יכולי' לומר

לומר פרענו וכולי עכ"ל מבואר דס"ל דבמתנה אם לא אמר כתובו אפי' כתבו העדי' ונתנו לו יכול לומר פרעתי ואם אמר כתובו הויא כשטר ואינו יכול לומר פרעתי אבל בהודאה אפילו לא אמר כתבו אלא שכתבו העדים ונתנו לו הוי כמלוה בשטר וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"א סימן ח"י ובמיוחסות סימן פ"ג וסימן פ"ז והובא בב"י סימן ע"א עיין שם וכן כתב הרדב"ז חלק שלישי סימן תפ"ב דנאמנים לומר פרענו והביא תשו' הרשב"א ע"ש ומהרימ"ט חלק ראשון סימן ק"א כתב וז"ל ואע"פ שיש שטר לווה ביד האחיות אין לו דין שטר גמור לגבות בו בחזקה שלא נפרע מכח נערך בידי. מ"מ שלא נאמר זה אלא כשנעשה השטר בלוויו של המתחייב באמר לעדי' כתבו וחתמו וכולי וה"ה ליורשים באחר שליה מורישם לכתוב שטר מסתמא ידעי ביה דקלא אית ליה אבל היכא שהעדים כתבו מדעתם מה שלוה המלוה בפניה' ה"ז מלוה ע"פ שאינה גובה מיורשי היורשי' דא"ל שמא פרע אביה' דטעני' ליתמי ואפילו הם גדולים אלא שיש עליהם חיוב שבועה שלא פקדם מורישם ושלא נתברר להם שלא נפרע חוב זה דהא פשיטא שאם היורש מודה שלא נפרע ואין לו ספק בזה חייב הוא לפרוע מנכסי מורישו שהרי לוואה זו מלבד מאי דקי"ל דברי שכיב מרע ככתיבי' וכמסורי' דמו וזכה אברהם בהם יש כאן חיוב יותר שהודת שרה וכולי הר"ז הודאה גמורה וכולי עכ"ל מבואר דסבירא ליה דאפילו בהודאה אם לא אמר כתבו וכתבו העדים ונתנו לו דינו כמלוה ע"פ ונאמן לומר פרעתי והכי קי"ל בסימן ע"ל ס"ג וס"ז ע"ש בהש"ך אבל מדברי הראב"ד נראה דבהודאה אפילו לא אמר כתבו דינו כמלוה בשטר אבל לא במתנה וכתב הרדב"ז חלק שלישי סימן תפ"ב על ראובן שחייב לאשתו מנה בכתובתה ולוה מחמת מיתה שיתנו לה מאתים בכתובת' והיתומים טענו פרענו מנה של המתנה נאמנים ולא אמרינן כיון דא"ל בכתובתה כי היכי דכתובה אין נאמנים לומר פרענו גם במנה של המתנה אין נאמני' דהא טעמא דאינו נאמן בעלמא משו' דשטרך בידי מ"ב והכא לא שייך ה"ט דשטר לווה לאו כלום הוא והא דאמר בכתובת' לא לענין נאמנות אלא דהוי מתנה זו כשאר תנאי כתובה לענין שלא תגבה אותו מנה אלא אם תרצה לגבות כתובה אבל אם תרצה להיות ניזונת לא תטיל המנה מעכשיו כאלו הוא מתנה וכולי עכ"ל ועיין שם עוד בסימן תנ"ה והרא"ש בתשו' הביאו הטור בסימן רנ"ה כ' וז"ל ראובן לוה מחמת מיתה ליתן מנה לשמעון ומת ומכרו היורשי' כל הנכסים ושלא מלאו שמעון לגבות את שלו גובה מלקוחות ואין היורשי' נאמני' לומר נתננו כיון ששטר הלוואה יוצא מתחת ידו וכולי וכ' מרן הב"י וז"ל ומ"ש שאין היורשים נאמנים וכולי הנ"י כ' כל שלוה תנו אפילו יש שטר לוואה אינה אלא מלוה ע"פ ואם אמרו יתומים נתננו נאמנים בשבועת היסת וכן הסכימו רבותי וכן כתב הראב"ד והריטב"א עכ"ל נר' דס"ל דהרא"ש חולק על הראב"ד והריטב"א ורבותיו וס"ל דבשטר לוואה אין היורשים נאמנים לומר פרענו גם מהרש"ג בס' משפטים ישרים סימן ל"ד דף ע' כ' דהוא מחלוקת ופסק שם דנאמן היורשים לומר יש לי בידך כו"כ אם הוא מוחזק במגו דיכול לומר פרעתיך עש"ב ונראה דלדעת הרדב"ז ומהרא"ש ומהרימ"ט דלא אמרינן מגו במקום מחלוקת הכא נמי אין היורש נאמן לומר יש לי בידך כנגדם במגו דפרעתיך כיון דמחלוקת בטענת פרעתי אם נאמן או לא כמ"ש אבל מרן בסימן רנ"ה דין ו' פסק כהרא"ש וכתב ה' כנה"ג שם הגב"י אות ח' לפי שכתב בהקדמתו דבמקום שלא גלו דעתם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש פסקי' כשאר החכמים המפורסמי' הא אם גלה דעתו א' מהם והשנים אחרים אין חולקים עליו ולא גלו דעתם ראוי לפסוק כמותו לכך סתם הכא כדעת הרא"ש עיין שם ודבריו תמוהים דמה סברא היא לפסוק כיחיד ודברי הראב"ד הם בהשגות פ"י מה' זכייה וז"ל וע"ל כי מה שפסק' בגמ' אדרבא איפכא מסתברא על דרך האמ' הק' דמנה לפ' בידי הודאה היא וכדברי בריא היא ואם נכתב כמלוה בשטר היא ויש פנים לומר שלא יהיו נאמני' לומר פרענו אבל תנו שהוא לשון מתנה אם לא אמר כתבו אע"פ שכתבו העדים ונתנו לו יכולים לומר פרענו וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דבמתנה אם לא אמר כתבו אפילו כתבו העדים ונתנו לו יכול לומר פרענו ואם אמר כתבו הוי כשטר ואין יכול לומר פרענו אבל בהודאה אפי' לא אמר כתבו אלא שכתבו העדי' ונתנו לו הוי כמלו' בשטר ואפשר לומר דהרא"ש מיירי באומר כתבו לו או בהודאה אבל במתנה ולא אמר כתבו מודה דהוי כמלוה ע"פ כמ"ש הב"ח והסמ"ע עיין שם ואף על גב דמרן בב"י סבירא ליה דפליגי כבר כתב מהר"י נבון בתשו' בס' חיים שאל סי' ס"ד דמה שקבלו הוראת מרן ה"ד בדבר ברור בש"ע וכל שדבריו בש"ע סתומים אף שבב"י או בתשובה מבואר להיכן דעתי נוטה לא קבלו. עיין שם ואם כן נראה דה"נ בש"ע פסק תשובות הרא"ש כיון דאפשר לפרש דמיירי בהודאה או בדאמר כתבו אף שבב"י גלה דעתו דפליגי לא קי"ל הכי ואי ק"ל על הראב"ד דהא קי"ל שכיב מרע שלוה שיכתבו שטר למקבל לא קנה שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה וכתב הראב"ד אפי' נכתב השטר מחיים והמ"מ הבין דאפילו נמסר לו מחיי' השטר בטל משום דמתנה זו אינה אלא לאחר מיתה ע"ש ואמאי לא אמרינן דלוה על השטר ומכרו לו ליפות כחו שלא יוכלו היורשים לומר פרענו ולדברי מרן הב"י דאם מסרו השטר מחיים מודה הראב"ד ולא אמר אלא כשלא נמסר לו מחיים עיין שם א"ל דכל שלא נמסר לו מחיי' לא אמרינן ליפות כחו שלא יוכלו היורשים לומר פרענו והכא מיירי דוקא כשמסר לו דשייך טענת דשטרך בידי מאי בעי :

וראיתי לה' דרכי נועם חי"ד סימן ב' בא' שלוה לתת מנכסיו כ"ה גרושו' לת"ת ואחר כמה שנים ולא תבעו הגזבר לוואה זו וטען היורש שהיה קטן ואינו יודע אם האפטרופוס שלו פרע הביא תשו' הרשב"א דבשטר לווה נאמנים היורשים לומר פרענו ולא אמרינן שטרך בידי מ"ב וכתב וז"ל מיהו עדיין יש לחלק דהאי התם שהיורשים טוענים ברי' פרענו וכולי אבל בנ"ד אין טוען היורש אלא שמא וכו' אם כן אף על גב דאין לשטר לווה דין שטר מ"מ הוי כמנה לי בידך ואיני יודע אם פרעתיך דחייב לפרוע הא נמי ליתא דהרי הרמב"ן כתב בתשובות סימן פ"ז וכו' וכיון שאלו היה חנוך אביו היה קיים היה יכול לומר פרעתי אף בנו אינו משלם וכולי א"כ הכא נמי כל שאין יכול להתברר ע"י האפטרו' טענינן דילמא האפטרפו' פרע לגיזבר של הת"ת וכו' ע"ש ונר' דבנ"ד שגם הגזבר טוען שמא הא קי"ל במלוה ע"פ אם אומר איני יודע אם פרעתיך והלה גם כן אינו יודע פטור ודעת רוב האחרונים דאפילו לצאת ידי שמים אינו חייב כמ"ש ה' כנה"ג בסימן ע"ה עיין שם אבל במלוה בשטר אפילו שניה' מסופקי' חייב (א"ה עכ"מ) :

ין"ד לווה ע"י ערכאות של גוים כשירה כמו שהסכי' מרן בתשובה סימן ע"ז ועיין במהר"ם מפדוואה סי'

סי' נ"ו דסבירא ליה דאינה כשירה דתקנתא לא תקנתא לא עבדינן ע"ש :

י"א שכיב מרע שאמר רצוני לתת להקדש והשאר מה שיש לי הכל יהיו שלים לפ' ובני שלישים לפ' וכו' וכתב בתשובות יכין ובועז חלק שני סי' ל"י דצוואה זו בטלה מאחר שלא נתן אלא רוצה ליתן ולא נתן והסכמות דלשון אתן אינו כלום עש"ב ונראה דסבירא ליה דגם מ"ש והשאר יהיה שלים לפלוני וכו' (א"ה עכ"מ והשאר קרוע) :

י"ב שכיב מרע שאמר סלע זו לצדקה וסלע זו ונשתתק כתב הרדב"ז ח"ג סימן תכ"ו אף על גב דמבע"ל יש יד לצדקה או לא וקי"ל לחומרא ה"ד אם יכול לדבר דאמרינן כיון דלא קאמר נמי לאו לצדקה קאמר אלא לנפקותא אבל הכא דנשתתק ודאי לצדקה קאמר ועוד הוי ידים מוכיחות טוב דכיון דהולך לבית עולמו מקיים בנפשיה והלך לפניך צדקך וכו' ועוד כיון שיש לו ממון אחר ודאי לא אמר הדין לנפקותא בהרי יש לו לנפקות' אם ימות או יחיה הילכך מוציאין מהיורשים גם הסלע הב' ונותנו לצדקה ואם עמד יעשה פי' לדבריו לזה נתכוון ואם אינו יודע כוונתו או שאינו זוכר מוציאים ממנו עיין שם :

י"ג כתב הרמב"ם פ"ט מהלכות זכייה שכיב מרע שצוה ליתן לגוי מתנה אין שומעין לו שזה כמי שציוה לעביר עבירה מנכסיו וכתב הר' מבנה למלך מזה יש לדון בשכיב מרע שנתן מתנה בנכסים מועטים דקי"ל הבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחי' דאין מתנתו כלום כיון דאיכא איסור כדאמרינן איזו רשע ערום זה המשיא עצה למכור בנכסי' מועטי' וכה"ג כ' הר"ן בתשו' סימן מ"ו ע"ש וכ"ל דה"ד באיסור תורה דאסיר לישראל' ליתן לגוי מתנת חנם ילפינן מקרא או מכור לנכרי ולא במתנה כמ"ש הרמב"ם בפרק ג' אבל איסו' דרבנן לא העמידו דמתנת שכיב מרע עשאוה כשל תורה ואף שהוכיח מהר"ם מפדווא סימן כ"ד דלא לכל מילי עשאוה כשל תורה אלא למאי דאתמר אתמר והכו דלא ליסיף עלה עיין שם הרי דלענין איסור דרבנן הקילו במתנת שכ"מ דמותר לגרש בשבת וכ' הרמב"ם בפרק ח' מהלכו' זכייה וז"ל ואעפ"י שאינה אלא מדרבנן עשו אותה כשל תורה וכו' לפיכך אם אמר קנו ממני אפילו בשבת קונים שזה שקנין אין צריך מכמע דמשום דעשו אותה כשל תורה התירו לקנות ממנו בשבת ואף על גב דמשמע דאם יש נפקותא בקנין דמועיל אפי' עמד אין קונין ממנו בשבת וכמ"ש הטור בסי' רנ"ד עיין שם וכן כ' מהר"ם בתשו' סימן ך' דאם אמר שישלחו אחר קרוביו ודאי שרי וכן התיר ר' שמחה אפילו בשבת שמא תטרף דעתו עליו כדאמרי' בפרק מי שמת קונים משכ"מ ואפי' בשבת וכו' עיין שם ועיין במהרימ"ט סימן ה' ומדאמרי' בגיטין דף ל"ח המשחרר עבדו עובר בעשה וכ' התוס' והא דאמרי' לקמן במי שאמר בשעת מיתתו פ' שפחתי אל ישתעבדו בה וכו' התם כיון דאין היורשים רשאים להשתעבד בה משום מצוה לקיים דברי המת לא קרי' בה לעולם בהם תעבודו ומשום נתינת הגט לחודיה ליכא איסור עשה עכ"ל משמע לכאורה דאפילו לעבור עבירה שומעין לו משום מצוה לקיים דברי המת ונראה דס"ל כדעת הר"א ממיץ בס' יראים סי' ר"ף והסמ"ג סי' דמותר לשחרר העבד לדבר מצוה דלא מיירי קרא אלא בדליכא מצוה עש"ב ואם כן הכא נמי משום מצוה לקיים דברי המת ליכא עשה דלעולם בהם תעבודו ומשום דליכא מצוה לקיים דברי המת בנתינת הגט אלא שלא להשתעבד בה לזה כ' דבנתינת הגט ליכא איסור עיין שם אבל בעלמ' אין שומעין לעביר אפי' בשב וא"ת משום מצוה לקיים דברי המת דרבנן ובזה ניחא מה שהק' הרב מדאמרינן בפרק י"נ גבי האומר נכסי לך ואחריך לפ' דאם נהגם במתנת שכיב מרע לא עשה כלום מ"ט אמר אביי מתנת שכ"מ לא קנה אלא לאחר מיתה וכבר קדמה אחריך וא"א תפ"ל דמתנת שכיב מרע דרבנן ואמר אביי התם איזהו רשע ערום וכו' עיין שם דל"ק דמתנת שכיב מרע עשאוה כשל תורה והקילו באיסור דרבנן כדי שלא תטרף דעתו ובלא"ה א"ל דאביי אמר ה"ט אפילו למ"ד מתנת שכ"מ דאורייתא כדאמרינן דקמ"ו ואף על גב דכ' התוס' שם דלאו דוקא מן התורה אלא אסמכתא אסבר דהרמב"ם והר"ן לא סבירא להו הכי ובהאי גוונא כתב הר"י בא"ז הובא בתשו' הרא"ש חלק שני סימן ל"ה שכ' וז"ל אף על גב דאמרי' בפרק י"נ ג' שנכנסו לבקר את החולה בלילה כותבין ואין עושין דין אלמא כל מעשה ביד דין ואפי' מדרבנן אין לעשות בלילה דמתנת שכיב מרע היא מדרבנן כו"כ בפ' מ"ש יש להעמידה במתנת שכיב מרע במקצת דהיא דאורייתא היא וכו' א"נ בלא קנין וכמ"ד מתנת שכיב מרע דאורייתא וכו' עיין שם הרי שכתב דאיכא מאן דאמ' דמתנה שכיב מרע דאורייתא והך דג' שנכנסו לבקר את החולה וכו' כוותיה ס"ל וכן דעת הרמ"ה שם וא"כ נראה דאם מכר או נתן בקנין דרבנן כגון במעמד ג' או שט"ח דקי"ל דמכירת שטרות דרבנן לא עשה כלום ואחריך מוציא מיד הלוקח דלא תקנו רבנן במקום איסור :

ומצאתי בתשוב' הרשב"א חלק שלישי סימן קכ"ב שכ' וז"ל עוד כ' החולק פעמי' שהעמידו דבר זה על הדין דאף על גב דקיימא לן כרשב"ג בירד הראשון ומכר אין לשני אלא מה ששייר הראשון אם נתן במתנת שכיב מרע לא עשה כלום מ"ט מתנ' שכיב מרע לא חיילא עד אחר גמר מיתה וכבר קדמו אחריך העמידו מתנת שכיב מרע על הדין למימרא דלא מהני לאפקועי זכות דאחר בהאי דיכתא דראשון שלא כדין עבד דהא רשע ערום מיקרי דמשיאה עצה בכך עכ"ל גם בזו תמונה איני רואה זולתי קול דהא לאו משום דאוקמוה אדיניה הוא אלא משום דלא נתנן לזה אלא כל ימי חייו וכבר קדמו אחריך ואפילו היה באפשר לתת אותן בקנין גמור לשני לאחר מיתה לא עשה כלום לפי שלא נתנן לו אותו ראשון אלא כל ימי חייו אבל הנשאר אחריו לא נתן לו כלום כדי שיוכל הוא לתת אותן לאחר מותו שכבר קדמו אחריך תדע וכו' ועוד דאם מטעם דהעמידוה אדיניה אם כן כשנתן יעקב במתנת שכיב מרע לראובן ואחר ראובן לשמעון אפי' מכר נמי ראובן או נתן בחייו ללוי לא מהני כלום וניגמא נעמיד מתנת יעקב אדיניה ולא מהני להפקיע משמעון אפי' במכירת ראובן ומ"ש דלגבי ראובן מקבל המתנה העמידוה במקצת אדיניה שאינו יכול ליתן במתנת שכיב מרע ובמקצתו הוציאוהו מדיני' שיכול למכור ומה שמכר מכר אלא שהדברים פשוטי' בעצמם ובטעמם שהראשון כבעל גוף הנכסים וכשמוכר ונותן בחייו אינו עושה שלא כדין כמי שאמר מפרש זה ולא מגעוהו חכמי' למכור שאלו אמרו לא ימכור שאם עבר ומכר לא היה ממכרו ממכר וכו' אלא שלכתחילה לא ימכור כדי להלך בדרך טובים ואם בא לימלך א"ל אל תמכור ואם מכר עשה שלא כהוגן ומכל מקום אפילו עשה כן אינו קרוי רשע ערום אלא המשיאו עצה בלבד וכו' עכ"ל הרי דאיכא

דאיכא מ"ד דה"ט דהעמידו מתנת שכ"מ על הדין דלא מהני להפקיע זכות אחריך משום דעשה שלא כדין ומה שהק' הרשב"א מ"ש דהעמידו על הדין בקלת שאינו יכו' ליתן במתנת שכיב מרע והוליאו בקלת שיכול למכור י"ל דדוקא מתנת שכיב מרע דתקנתא דרבנן היא והעמידו על דין תורה דלא תקנו להפקיע זכות אחריך באיסור אבל במכירה או במתנה בקנין דאורייתא יכול להפקיע זכות אחריך דאיסור דרבנן לא מפקיע קנין דאורייתא אבל מדברי הרשב"ץ חלק שלישי סימן ק"ן משמע דגם באיסור דרבנן המתנה בטילה עיין שם אבל הרשב"א סבירא ליה דה"ט דמשום דלא חיילא מתנת שכיב מרע עד לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך ואפי' אם נתן בקנין דאורייתא לאחר מיתה אפשר לא עשה כלום מה"ט דכבר קדמו האחריך וכן כתב רשב"ם וז"ל ואם נתנו אוהו ראשון במתנת שכיב מרע כגון דאמר מהיום ולאחר מיתה לא אמר כלום והשני מילא ה"נ כשהיה שכיב מרע נתנה דב' מתנות הללו שוות כדאמרי' לעיל איזה מתנה שהיא כמתנ' שכיב מרע וכו' עכ"ל הרי שכת' דמתנה דמהיום ולאחר מיתה כמו כמתנת שכיב מרע והשני מוליא מהמקבל ואף על גב דמהר"י ן' הרא"ש כתבו כ' וז"ל דיש מי שר"ל דמתנה זו היא מתנת בריא והוי דאורייתא וא"א שאין הדבר כן חדא דמנ"ל דמתנה כה"ג דאורייתא דילמא לא קניא אלא מדרבנן ולא הויא דאורייתא כתבתיה בסימן רכ"ב עיין שם ואם כן אפשר דרשב"ם הכי ס"ל דמתנה זו דרבנן ולכך השני מוליא מידו :

י"ד כתבו התוס' בגיטין דף ט' בד"ה ואינו חוזר בעבד וכו' ואם תאמר אמאי יצא ב"ח ומותר בב"ח הא מתנת שכיב מרע היא ולא קנה אלא לאחר מיתה ואין גט לאחר מיתה ויש לומר בדכתב לו מהיום א"נ אפילו סתמא דכיון דדעת שכיב מרע היא לשחררו דעתו שיקנה בשעה שראויה לשחרר דהיינו מחיים עכ"ל והר' שמחת יום טוב סימן פ"ג הקשה דהא קיימא לן דדברי שכיב מרע ככתיבי' וכמסורי' דמו ומתנתו מתק' אף על גב דאין דעתו להקנות אלא לאחר מיתה וא"כ הכא נמי זוכה בעצמו ויולא לחירות מדין מתנת שכ"מ כמו בזוכה בשאר נכסים ותי' דס"ל דהכא מיירי בכתב כל נכסיו בשטר גמור כבריא דאם לא כן כיון דמתנת שכ"מ אינה אלא מדרבנן דוקא גבי שאר נכסים ולקנות עצמו למעשה ידיו שלא יהא משועבד לרבו מהני דקיימ' לן הפקר בית דין הפקר ואפילו הכי אם עמד חוז' כדין מתנת שכיב מרע בכל נכסיו דאפי' קנו מידו חוז' דידוע שלא נתן אלא מחמת מיתה אבל לענין איסור להתירו בב"ח לא פקע בקנין דרבנן כדין המפקיר עבדו דקיי"ל דצריך גט שחרור כמו שכתבו התוספות והרא"ש בפרק השולח גבי קטן ולכך אם לא עמד יצא לחירות למעשה ידיו וצריך גט שחרור מיורשיו ואם עמד חוזר עש"ב ולפי זה נראה דמיירי בכת' כל נכסיו בשטר וקנין ליפות את כחו ולכך אם מת קנה העבד הנכסים ועצמו למעש' ידיו ואפילו הכי אם עמד חוזר דלא מהני ליה יפית כח אלא אם מת דבקנין בלא יפוי כח לא קנה וביפוי כח קנה אבל אם עמד לעולם חוזר אפילו היה הקנין ליפות את כחו ותירץ בדכתב לו מהיום ואפילו הכי אם עמד חוזר בנכסים דס"ל כמו שכת' הב"י גבי כל שעמד חוזר וכו' בשם הריטב"א דאפילו בכי' מרע שנתן כל נכסיו מעכשיו הוי כאומר מעכשיו אם מתי ואם עמד חוזר אבל בלאו הכי אינו יכול לחזור עיין שם והכא נמי בכ' כל נכסיו לעבדו מהיום ועמד חוזר בנכסי' אבל אם מת קנה העבד אפילו חוזר בנתים וכן כת' הריטב"א בחי' לגיטין דמיירי בכתב כל נכסיו במתנה בקנין ומעכשיו ואפילו הכי אם עמד חוזר דאומדן דעתא הוא דהאי דלא יהיב כל נכסיו על דעת שאם יקום שימות ברעב והרי הוא כאלו התנה כן בפירוש עיין שם וכן מה שכת' עוד התוספות אפילו סתמא כיון דדעת השכי' מרע לשחררו דעתו שיקנה בשע' שראויה לשחררו דהיינו מחיים נראה דה"נ קנה נכסים מחיים דכיון דאמר הכל בדבור אחד ל"ל דהנכסים נתן לאחר מיתה והגוף מחיים דאין דבור א' מתחלק לשנים וכיון דדעתו לשחררו מחיים בשעה שראויי' לשחררו הכא נמי הקנה לו שאר נכסים מחיים והוי כאומר מעכשיו אם מתי דאם עמד חוזר בנכסים ואינו חוזר בעבד וכי ה"ג כת' הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סימן כ"ד וזה ל' ראובן ושמעון היו מתשלמים בדין וכו' ועוד דכיון שנתן משכון ביד האומנים וידוע באמת שיפרע חלק בנין העיר ולא יתגלגל מלד האסמכתא א"כ דוקא התנה וא"ל בבמחלי' התנה בדוקא ובמחלית באסמכתא דאין דבור א' מתחלק לשנים עיין שם וכן כ' במיוחסות סימן ת"י והביאו מרן הב"י סי' רי"ב ופסקו מור"ם שם דאם שייר לעצמו דיר' וגם לאיש אחר אמרי' ששייר לעצמו בעין יפה כן שייר לחבירו דודאי על ענין א' נתכוון עיין שם וכ"ש באדם א' דאמרי' כמו שהקנה לו גופו מחיים הכא נמי נכסיו דודאי על שעה א' נתכוון וכן ראיתי לה' בית דוד סי' קכ"ו שכת' דאם אמר חלי נכסים לראובן והחלי להקדש כיון דאמר הכל בדבור א' ל"ל דראובן דוקא לאחר מית' ולהקדש מחיים כמו שכת' בתשובו' הרשב"א שהביא מרן הב"י סימן כ"ד גבי האסמכתא ואין דבור אחד מתחלק לשנים והכא נמי אין דבור א' מתחלק לשנים אלא הכל הוא לאחר מיתה או הכל הוא מחיים ויש לספק מי נדחה מפני מי ונראה כיון דספק הוא אין מוליאין מהיורשים עיין שם ומדברי הרשב"א שכ' דאמרי' כמו ששייר לעצמו בעין יפה כן שייר לחבירו לכאורה נראה דה"נ אמרינן דכמו דגמר ונתן להקדש מחיים הכא נמי להדיוט והכ"נ כמו שהקנה לו גופו מחיים כן הקנה הנכסים וא"ל כמו שכתבו התוספות שם וז"ל ואם תאמר כיון דסתמא דדע' של שכיב מרע לחזור בו אם יעמוד אמאי אינו חוזר בעבד ויש לומר דהכל תקנת חכמים היא נהי שחוזר בנכסים גם מה שאינו חוזר בעבד דמסתמא דעתו כמו שיאמרו חכמים עכ"ל והכא נמי באומר חלי נכסי לפ' וחלי להקד' א"ל דדעתו כמו שיאמרו חכמים דלהדיוט דוקא לאח"מ וחוזר ולהקדש נתן מחיים דאינו חוזר דהא לא תקנת חכמים :

ט"ו דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים וכו' כ' מהר"ם אלשיך סימן י"ב דדוקא במתנו' תקנו חכמים שאע"פי שהוא לאחר מיתה דבריו ככתובים וכמסורים מחיים וקונה מקבל למפרע אבל לגבי מכר לא והביאו הרב כנסת הגדולה אות י"ד עיין שם ודבריהם תמוהים דבבתרא דף קמ"ט מ"ל מכר כל נכסיו מהו אם עמד חוזר או לא ומסקינן דאם המעות בעלמם קיימים חוזר ואם הוליאם אינו יכול לחזור וכן פסקו הרמב"ם והטור ומרן בסימן זה דין ג' עיין שם ומשמע דאם לא עמד המכר קיים והוא הדין מלוה מחמת מיתה במקלת כדין שכיב מרע בכל נכסים וכן כת' הריב"ש סי' קמ"ה במי שהתנה דכשימכרנו ימכרנו לו דאמרי' דדברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמו והרב משנה למלך בפ"ח מהלכו' זכייה כתב דלריך עיון בזה עיין שם :

ט"ז דין ב' אף על פי שקנו מידו וכו' כת' בש"מ למליעה

למציעא על דף ס"ו וזה לשונו ורבינו הם רגיל לפרש טעם גבי מתנה משום דמתנת שכיב מרע אלמוה דמן הדין מתנת שכיב מרע בלא קנין אינה מועלת אלא כדי שלא תטרף דעתו עליו וכיון דעמד אזל ליה ה"ט דטריף הדעת וטעם זה לא יתכן גבי גט לפ"ה וגבי מתנ' נמי לא יתכן היכא דאיכא קנין ולא מלינן חי' במתנת שכיב מרע בין אית ביה קנין ללית בה קנין דבקנין נמי אם עמד חוזר דתנן בפ' מי שמת שכיב מרע שכ' כל נכסיו לאחרים שייר קרקע כל שהו מתנתו מתנה והתם בקנין מיירי דומיא דשייר קרקע כל שהו וצ"ל הטעם משו' דאנן סהדי דאין דעתו שתחול מתנתו אם יעמוד הילכך ממיל' בטלה המתנה כשעומד וכולי עכ"ל ובהדיא איתא בפרק מי שמת אמר ר"י אמר שמואל שכיב מרע שכ' כל נכסיו לאחרים אף על פי שקנו מידו בידוע שלא היה מלווה אלא לאחר מיתה עיין שם ועיין בתוספות דגיטין דע"ב בד"ה אמר וכו' והרשב"א בתשוב' (א"ה עד כאן מלאתי והשאר קרוע ואחר כך מלאתי כתוב ומכל מקום משמע מדברי הרשב"א וכו') ומכל מקום משמע מדברי הרשב"א דאפילו בקנין ביפוי כח אם עמד חוזר מהאי טעמ' דודאי אין דעתו שתחול מתנתו אם יעמוד וכן מבואר בתשובו' הריטב"א שהביא מרן הב"י סימן רמ"ג עיין שם וכן כ' הרשב"ש בסימן מ' עיין שם וכן מוכח בהדיא בפר' מי שמת פרכי' אהא דאמר שמואל דאין שטר לאחר מיתה מדאמר שמואל שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים אף על פי שקנו מידו אם עמד חוזר משמע דאם מת קנה ומוקמינן ליה במייפה את כחו עיין שם אלמא אפילו במייפה את כחו אם עמד חוזר לא מהני יפוי כח אלא אם מת דבקנין סתם בלא יפוי כח לא קנ' וביפוי כח קנה אבל אם עמד לעולם חוזר ועיין בתוס' דכתובות דף נ"ה עמוד שני בד"ה מתנת שכיב מרע וכולי ומה שכתבו הטור ומרן סימן ס"ה סי"ז המוציא שטר מתנת שכיב מרע וכו' מת הניתן אף על פי שבנו אומר שיתנו לו לא יתנו לו אלא אם כן יהא שטר הקנאה וכו' וכ' הסמ"ע שם דאז הוה ליה מתנת בריא וזכה בו המקבל מיד שכתב לו השטר אף על פי שלא הגיע לידו עיי"ש ולכאורה קשה דבמקנה כל נכסיו אפילו בקנין דיפוי כח היה יכול לחזור בו ואפילו בנו אומר שיתנו לו ניחוש שמא נמלך אביו וחזר ומהרא"ש ח"א סימן כ"ד הכריח מזה דשטר הקנאה דהתם היינו שפי' בו שיקנה לו מיד והניח' ברשותו שיקנה מהיום שהיא כמתנת בריא שאינו יכול לחזור בו אפילו מלוה מחמת מיתה כמ"ש הרמב"ם ומרן בסי' זה ס"ט עיין שם וכן דייק לשון הטור שם שכת' לעיל המוציא שטר מתנת בריא וכולי ואם הוא שטר הקנאה שפי' שהקנה לו מיד אף על פי שלא הגיע השטר וכולי והכריח עוד כן מדברי הטור בסי' ס"ה דנראה דסבי"ל בר"א והרי"ף דגם בשטר קנין בעינן שיגיע השטר לידו עיין שם באורך אבל כבר הוכיח הדרישה ס"ס ס"ה מדברי הטור ס"ס רמ"ג וס"ס זה בשם הרא"ש דסב"ל דאפילו בסתם קנין לא בעי' שיגיע השטר לידו ומה שכ' בסימן ס"ה ואם הוא שטר הקנאה שפי' שהקנה לו מיד כאלו כתב שפירשו שכיון שהקנה לו בקנין הוה ליה כאלו פי' לו שיהיו קנויים לו מיד עיין שם באורך ומכל מקום גבי מוציא שטר מתנת שכיב מרע וכו' צריך לו' שטר הקנאה שמקנה לו מחיים קאמר דומיא דמתנת בריא דלעיל ועי' בהש"ך סימן נ"ו ס"ק כ"ז :

י"ז אף על פי שקנו מידו וכו' כ' הרשב"ש סי' ס"מ במי שחלה וחלק נכסיו לבניו ועמד וכו' וז"ל שאם היתה בכולה שלא שייר לעצמו כלום אפי' מטלטלי אפילו קנו ממנו לייפות את כחו אם עמד חוזר ואם היתה במקצה והיה הקנין ליפות את כחו שכתוב וקנינו ממנו נוסף על המתנה וכו' זה במתנה קיימת ואפי' אם עמד וכו' ואם היתה המתנה במקצת בלא קנין או שהיתה בכול' בקנין וביפוי כח או במקצ' בקנין ולא כתוב בו וקנינו וכו' נוסף על מתנה זו המתנה בטלה אם מת ואם עמד חוז' וכו' עיין שם מבואר דסבירא ליה דמתנת שכ"מ בכולה אפי' קני מידו לייפית את כחו אם עמד חוזר ולא מהני יפוי כח אלא אם מת דבקנין בלא יפוי כח לא קנה וביפוי כח קנה אבל אם עמד לעולם חוזר :

וז"ש הטור ומרן אף על פי שקנו מידו ועמד וכולי ר"ל אפי' קנו מידו ביפוי כח דאם מת קנה מכל מקום אם עמד חוזר כמבואר בדברי הפוסקים ודלא כמו הסמ"ע עיין שם וז"ל הסמ"ג עשין פ"ב שכיב מרע שכ' כל נכסיו מתנה סתם ולא שייר כלום אם עמד מחליו חוזר ואפילו קנו מידו בכדי לייפות כחו וכולי ואם מת קנה ומה שהקנין אין מגרע המתנ' זהו מפני שאותו קנין מדבר בדרך יפוי כח וכו' עכ"ל וכן כתב הריטב"א בחי' לגיטין דף ס"ה וז"ל מיהו רבי' מוסיף ואומר דהכא נמי קאמר מה מתנתו אם עמד חוזר אפילו באותם שאלו לא עמד אינו חוזר כגון מתנ' בכל נכסיו בקנין במייפה את כחו לפי דעת קצת מפרש דסביר"ל הכי אי נמי במלוה מחמת מיתה וכו' ובמתנה ובקנין דמהיום ודאי אם עמד חוזר לא עמד אינו חוזר כיון דאמר מהיום וכן דעת מורי עכ"ל הרי דסב"ל (א"ה עב"מ והדבר מבואר) אבל מ"ש הרשב"ש דמתנ' במקצת בלא יפוי כח בטלה אם מת ואם עמד חוזר דבריו תמוהי' דמתנ' במקצת בסתם קנין אפי' בלא יפוי כח אפילו עמד אינו חוזר דמתנת בריא היא כדמוכח בבתרא סוף דף קנ"א וכן כ' הרמ"ה שם ועי' בבתרא דקנ"ד גבי שלשה שנכנסו לבקר את החולה וכו' כ' רשב"ם במתנת שכי' מרע במקצת ובקנין מיירי דאינו יכול לחזור בו ולדברי הרשב"ש צ"ל דמיירי במתנ' במקצ' ובקנין וביפוי כח אבל בסתם קנין אין עושין דין מדלא מוקי לה בכולה בקנין ביפוי כח משמע דסביר"ל דאפילו ביפוי כח אם עמד חוזר ואין עושין דין :

עוד כתב הרשב"ש שם וז"ל דהחזקה שהחזיקו הבני' בקרקע אינה חזקה דאפילו סומך על שלחן אביו יש לו חזקה בנכסי אביו כדאיתא בפ' חזקת בנדון הזה כיון שהחזקה הזאת לא היתה אלא מחמת שהיו חושבי' שהמתנה זו של שכיב מרע קיימת ואפילו עמד והדבר הזה דומה למי שהחזיק בקרקע מחמת שטר ונמצא בטל שהחזקה בטלה וכולי שאם בשעה שחלק להם נכסיו החזיקו בקרקע ודרו בה מיד שאז קנו אותה בחזק' וכו' עיין שם וק' דאפילו החזיקו בקרקע אם עמד חוזר ועיין בהסמ"ע סקט"ו והש"ך סק"א :

י"ח המתנה בטלה וכולי כתב הש"ך אפילו הגיע המתנה לידו קודם שעמד ומ"ש הרשב"א בתשובות ר' בגלאל סימן ט"ו דהך דרב הונא דס"פ ג"פ מיירי שמסר המתנה ליד ההקדש וכולי רוצה לומר שמסרם להקדש שתהיה המתנה מהיום או כיון דבעיא דלא איפשטא היא אינו יכול לחזור להוציא מספק עיין שם וז"ל הרשב"א בתשובות חלק שלישי סימן רל"ה וסלקא בתיקו דאיסורא ועוד מדאמר רב הונא בשלהי ג"פ שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ' בידי וכו' ומכל מקום אני דעתי כדברי מי שפוסק להקל והיא דרב הונא כשהקדיש כל נכסיו ומסרו לגזבר שאינו יכול לחזור

לחזור ולא לישאל על הקדשו שאל"כ יכול הוא לישאל על הקדש ומתוך שיכול לישאל עליו נאמן בלא טענת אין אדם עושה קנוניא על ההקדש עכ"ל ונראה דמי שפסק לאימרא סבירא ליה דרב הונא דאמר דנאמן לומר מנה לפ' בידי מגח חזקה דאין אדם עושה קנוניא על הקדש ע"כ סבירא ליה דאינו יכול לחזור דאל"כ פשיטא דנאמן דמה שייך קנוניא דכיון שיכול לחזור מיד והשכחן כמה בעיות דסלקו בתיקו ונפשטו ממקום אחר ועיין בס' יד מלאכי סימן תרל"ה וזה דעת הראב"ד הביאו הרשב"א בתשובות חלק שלישי סי' קכ"ב עיין שם ולזה דחה דרב הונא מלי סבר דיכול לחזור בו אלא דמיירי דמסר לגזבר רוצה לומר שמסרו להקדש שתהא המתנה מהיום וכה"ג כ' הרמב"ן במלחמותיו בסוף בתרא וז"ל אבל לפי דעתי אינה אלא בשכיב מרע שהקדים מעכסיו או שהקדים ונעשה שכיב מרע והוא שהקדים נמי ע"ד רבים שאם הקדים שהם אפילו אדם עושה קנוניא על הקדש ואפילו בריא נאמן מגו דאי בעי מתשיל וכולי עיין שם אבל הרשב"א מוקי לה במתנה מעכסיו ומסרו לגזבר דאינו יכול לחזור ולא לישאל אבל מ"ש הש"ך או כיון דבעיא דלא איפשטא היא אינו יכול להוציא מספק ליתא דבתשו' הרשב"א שהביא מרן הב"י באה"ע סי' ל"ג משמע דמקבל מתנה אפילו טען בריא והוא מוחזק מוציאין מידו מספ' וכבר הוכחתי כן בסימן מ"ב דין ח' ע"ש וכ"ש בטענת שמא ועוד דאם כן נ"ל דרב הונא גופיה מיבעיא ליה אם יכול לחזור או לא וכן תי' הרא"ש הובא בש"מ לבתרא דקמ"ח דהתם הכי פי' אפילו את"ל דאם עמד אינו חוזר נאמן דאין אדם עושה קנוניא על הקדש ע"ש :

י"ט דין ג' אבל אם הודה וכולי כתב הסמ"ע כגון שאמר אתם עדי דל"ל שלא להשביע וכו' או שאמר תנו וכולי ודלא כע"ש וכולי וכן כתב ה' בני אהרן בתשובות סימן ע"ז לפי' התוספות דמיירי בהודאה דתקנה כגון שאמר אתם עדי ולזה כתב הרשב"א בתשו' שהביאה הב"י סימן רנ"ב דל"ל אתם עדי דבהכי מיירי הבעיא עיין שם וליתא דל' הרשב"א בתשובות אם בריא הוא וכולי וז"ל בתשובות חלק שלישי סימן ס"ז וח"ד סי' ז' והיא דאיסור וכולי והע"פ שהוא שכיב מרע אין אומרים אפילו במי שאנו מוחזקי' בו שאין בידו לזה כלום שאין הודאהו אלא כמתנת שכיב מרע ואם עמד חוזר אלא הודאה גמורה היא וכו' הילכך בנ"ד אם בריא הוא ואמר מטלטלין אלו של פ' נ"ל אתם עדי וכולי עיין שם משמע בשכיב מרע כההיא דאיסור אנ"ל אתם עדי ודוקא בריא נ"ל אתם עדי לגבי טענת השטאה אבל משום טענת השבעה לא מיירי דאפשר דמיירי בפני התובע כמ"ש התוס' בסנהדרין דכ"ט בד"ה כך וכולי וז"ל והא דאמר בג"פ שכיב מרע שהודה אנ"ל אתם עדי משום דאין אדם משטה בשעת מיתה וכולי מיירי שתבעו והודה דלא שייך טענת שלא להשביע וכולי עיין שם וכן כתב הרמב"ן והרא"ש והג"י בסוף בתרא ול' והודה הכי משמע עיין שם ואם כן הכא נמי בהודה בפני התובע מיירי והש"ך כתב דכל"ל דברי מהר"י ן' מיגש והראב"ד שכ' המ"מ והביאו הב"י סימן זה עיין שם ולכאורה אפשר דמהר"י ן' מיגש והראב"ד סבירא להו כהרז"ה שכ' בסוף בתרא דבשכ"מ שמלוה את בניו לא אמרי' שלא להשביע כדאמר ר"י אין אדם משטה בשעת מיתה עיין שם מיהו הראב"ד הביאו בעל התרומות שער מ"ב חלק שני תי' ההיא דפ' ג"פ בהודה בפני התובע עיין שם וראיתי למהר"ש הלוי סימן י"ט שכתב דר' יונה והרא"ש והטור סבירא ליה דבמודה על דבר מסויים שהוא של פ' ליכא טענת השבעה דאי שלא להשביע את בניו הו"ל שהוא חייב לו כמה חובות עש"ב וא"ל שזה ג"כ דעת מהר"י ן' מיגש והראב"ד והרשב"א שכתבתי אבל הרא"ש הובא בשיטה מקו' בסוף ס' הרמ"ה דחה דברי רשב"ם ע"ש וכן מוכח מתשו' הרא"ש כלל ס"ח שהזכיר ה' לעיל ופ' מרן סימן פ"א דין ח"י מי שמת ונמלא כתוב בא' מכתבותיו שטר זה חליו לפ' לא זכה אותו פ' דאמרי' שלא להשביע את עלמו כתב כן עיין שם אלמנא אפילו הודה על השטר שהוא דבר מסויים שייך טענת השבעה :

ד' כתב הריטב"א בחי' למליעא דף מ"ו וז"ל ואית דאקשי דנהי דלית ליה סודרא ולית ליה ארעא נקני' ניהליה באודיתא דהוה קנין מעליא ותי' ר"מ הכהן דכי מהני אודיתא ה"מ בדבר שאינו ברשותו דל"מ הדר ביה כגון שהודה וישנו ביד אחר דמהני אודיתא וזכה בו תכף מי שהקנין בידו בעבור המקבל באות' אודיתא של מקנה והכא לא נפיק מרשותו של מקנה והיא דאיסור נמי דאקני באודיתא נפיק מרשותיה וכולי עיין שם מבואר דסבירא ליה דאין חי' בין בריא לשכ"מ אלא דדבר שהוא ברשות המקנה לא מהני הודאה אלא בשאינו ברשותו דזכה המקבל מיד וראיתי לה' גדולי תרומה בשער מ"ג סת"א שהק' על בעל התרומות דמוכח מההיא דפ' הזהב דלא סגי בקרקע של א' ומיהו ניחא כיון דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי ותי' ושמא דהודאה לריך בפני ב' עדים וכי היכי דדחי' דלית ליה סודר הכא נמי א"ל דליכא עדים עיין שם וכבר כתבתי בסימן קל"ה דאפשר דהתוס' שלא תי' כן אזלי לטעמייהו דס"ל דקנין לריך ב' עדי' ובפ' הזהב לא בעי לאוקמה בדליכא עדי' משום דסתם גינה מלוייכ בני אדם ואם כן יכול להקנות בהודאה אבל לדידן דקנין א"ן עדי' א"ל הילכך לא הקנה בהודאה משום דלריך ב' עדים וליכא ואפשר דבעל התרו' סבירא ליה כתי' ר"מ דלא מהני הודאה אלא בדבר שאינו ברשותו אבל בתשובות הרשב"א משמע דאפי' בדבר שהוא ברשותו מהניא הודאה וכן כתב הרמב"ם בפ"ט מה' זכייה וז"ל שכיב מרע שהודה שיש לפ' אללו כו"ך תנוהו לו או שאמר כלי פ' פקדון הוא בידי לפ' תנוהו לו חלר פ' של פ' הוא חוב שיש לי ביד פ' לפ' וכולי הודאתו הודאה עיין שם משמע בהדיא דאפי' בדבר שהוא ברשותו מהני הודאתו מיהו כתב מהרא"ש הלוי סי' י"ט דמשמע דסבירא ליה דדוקא במטלטלין שהם בידו נ"ל תנו שמא שלא להשביע את עלמו אבל בקרקע או בחוב שיש לו אלל אחרים אין נ"ל תנו ע"ש :

כ"א כתב ה' פני משה ח"א סימן ס"ד וז"ל גם אין לחלק דכי מהני וכולי משום דלא סגי בלא"ה שהרי לא היה דרך לאיסור גיורתא להקנותם לרב מרי בריה כי אם בדרך הודאה וכולי אבל בנ"ד שהי"ל לראובן לתת בל' מתנה גמורה בק"ס לא מהני הך הודאה מדין הקנאה ומתנת בריא ע"ש וליתא דבפ' מ"ס מ"ל שכיב מרע שהודה ופשיט מאיסור גיורתא דקנה במתנת בריא על ידי הודאה אלמא אפילו בשכיב מרע דאפשר להקנות בלא"ה במתנה מהיום הודאתו הודאה :

כ"ב הג"ה אמר רולה אני שיהיו מטלטלין לשמעון ה"ז ל' מתנה וכולי תשו' הרשב"א היא בח"ג סימן ס"ז ומבואר שם השואל נסתפק בל' זה אם קנה בהודאה או לא ומסתברא ליה דקנה מההיא דאיסור גיורא ולזה השיב הרשב"א דל' זה שאמר רולה אני שיהיו מטלטלין אלו לשמעון אינו ל' הודאה אלא הקנאה ופשיטא דקנה

דקנה ועיין בס' בני אהרן סימן ע"ז וראיתי למרן הב"י בתשובות בס' אבקת רוכל סימן פ"א וז"ל ולטנין וכולי הדברים פשוטים שאין זה ל' מתנה אלא שהוא אומר שכך היתה כוונתו לעולם שיחלקו ביניהם בשוה וכו' וכבר נשאל הרשב"א על מי שהקנה מטלטלין לשמעון בהודאה לומר במודה בפני עדים שיהיו אותם מטלטלין לשמעון וכו' והשיב דלא קנה ע"ש וזה היפך דברי הרשב"א הכא כתב דהאומר רוצה אני שיהיו מטלטלין אלו לשמעון הוי הקנאה וקנה אבל מצאתי בתשו' הרשב"א ח"ג סי' רל"ז באלמנה שהיו קרוביה מחלין אותה לעשות חסד עם יתומי בעלה וא"ל אין דעתי לתתי לאחר ולא לשום אדם בעולם כלום אבל אני רוצה שיהיה כל ממוני הקדש וכו' כתב דלא נתכוונה זו להקדיש כל נכסיה מעתה אלא דא"כ היתה אומרת הריני מקדשת כל נכסי או כל נכסי יהיה הקדש אבל עכשיו שאמרה אין דעתי שאתן לשום אדם אבל רוצה אני שיהיה כל ממוני הקדש נראה שלא אמרה אלא לדחותם שלא תכבו שתתן נכסיה ליורשיה ולא תעשה חסד ליורשי בעלה אלא הדרבא ברצונה הוא שלא תתן ליורשיה ושתתן ליורשי בעלה ושתעשה כל שאר נכסיה הקדש עיין שם טעמים אחרים משמע דוקא התם (א"ה עד כאן מצאתי) :

כ"ג ואם הקדיש כל נכסיו וכו' אם עמד וכו' הר' בית יהודה סימן י"ג לדד דדוקא כשעמד חוזר משום דלגבי נפשיה לא גמר ומקני אבל כשלא עמד אינו יכול לחזור בשביל אחרים אבל רמ"א כת' וכן דין הקדש כדין מתנה שיכול לחזור בו והם דברי המרדכי בפרק מ"ש עיין שם הטעם ולא זכר מ"ש הר"ן גבי כל שאלו עמד חוזר וכו' וז"ל אינו כלל גמור בכל מקום שהרי אם נתן כל נכסיו בקנין מעכשיו והוא שכ"מ או מצוה מחמת מיתה אם עמד חוזר דוקא אבל אינו בע"א וה"ה למכר והקדש כל נכסיו דלעיל אלא כלל זה בנדון שתם באמירה ואפי' בקנין סתם ובהדיוט הריטב"א ע"ש מבואר דס"ל דמכר והקדיש כל נכסיו דוקא אם עמד חוזר ואינו יכול לחזור בע"א אבל מצאתי להרשב"א בתשו' ח"ג סי' קכ"ב שכתב וז"ל ואמר וכן אתה דן בשכיב מרע שמכ' כל נכסיו לאחרים אם עמד חוזר ובלא עמד זכה הלוקח משעת מכירה וכן העיד בשם הרמב"ן דבהקדים כל נכסיו דאמרי' אם עמד חוזר דוקא עמד חוזר משום אומדן דעת אבל כל היכא דלא עמד אינו יכול לחזור בו ואני אומר כי כל מ"ש כאן אינו ולא אמרו אדם מכל מחברי ספרי' וסופרים דשמואל כללא כייל דכל שעמד חוזר חוזר במתנתו וכיון שאם עמד חוזר אינו בהקדשו חוזר הוא בו אע"ג דמת וכו' ומ"ש בשם הרמב"ן וכו' תלה ברבי' מה שאינו ואדרבא בפי' כתב שחוזר בהקדשו וז"ל בשלהי ג"פ גבי מימרא דרב הונא דאמר שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ' בידי נאמן חזקה דאין אדם עושה קנוניא על הקדש פי' כשהקדיש כשהוא בריא ואחר כך כשהוא שכיב מרע בשעת מותו אמר מנה לפלוני בידי אבל אי הקדיש כשהוא שכיב מרע בעיא דלא איפשטא שמא אם עמד חוזר וקי"ל כל שאלו עמד חוזר חוזר במתנתו וכו' והראב"ד ספי' היא דרב הונא בשכ"מ שהקדיש בשעת מותו כ' דמהיא שמעי' דשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו אין יכול לחזור בו כלומר אפילו עמד שאם יכול לחזור בו ל"ל למימר חזקה יכול היה לחזור בכולן אלמא דבר פשוט הוא לכולן שכל שעמד חוזר חוזר הוא במתנתו עכ"ל וכן מבואר בדברי התוס' דבתרא דף קע"ד ע"ב בד"ה ש"מ וכו' עיין שם וכן פסק הרשב"ש סי' תרכ"א ע"ש :

וראיתי להר' ב"ח שהק' אמאי לא בעי נמי שהלך בנו למ"ה ושמע שמת וכו' והקדיש או חילק לעניים מהו וה' קהלת יעקב דקל"ג ע"ד תי' דהכא דוק' לגבי נפשיה מיבעיא לן דכל לגבי נפשיה לא גמר ומקדיש אבל לגבי בנו פשיט' דלא אמרי' דלא גמר ומקדיש ע"ש ולית' שהרי התוס' והרמב"ן נדחקו בהיא דר"ה דאמר שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ' בידי דמיירי בהקדיש כשהוא בריא דאם הקדיש כשהוא שכיב מרע מ"ל במת אם עמד חוזר וכל שאלו עמד חוזר חוזר במתנתו ופשיט' דנאמן עיין שם וא"א הרי אינו יכול לחזור כשמת להורים לבניו וכל שכן לאחרים ודוקא לעצמו אם עמד חוזר ואם כן ליכא מני ולכך צריכים לחזקה דאין אדם עושה קנוניא על הקדש אלא ודאי דס"ל דכל שעמד חוזר חוזר הוא במתנתו אפילו כשמת להורים לבניו או לאחר כמ"ש הרשב"א דכללא כייל שמואל וכ"כ עוד שם דודאי אומדנ' דדעת' דאין האב רוצה שיפלו בניו ליד גבאי ויאכלו עניי' את שלו עיין שם וכן משמע מדאמרינן אמתני' דשכ"מ שכתב כל נכסיו וכו' מאן תנא דאזלי' בתר אומדנ' אר"נ ר"ש בן מנסיא היא דתניא וכו' וא"א אימא דת"ק נמי לא א"ר אלא לגבי בנו אבל לגבי עצמו מודה דאזלינן בתר אומדנא דלא שביק נפשיה ויהיב לאחריני ומה שתי' הב"ח דהתם בבריא שכתב הגוף מהיום ופירות לאח"מ ולא שייכא הך בעיא בהפקרים והה"נ דבהקדש וחילוק לעניים הבעי ע"ש באמת דגם בהקדש לא שייך מהיום ולאחר מיתה דהוי אוכל פירות מבל הקדש כמ"ש הרשב"א בתשו' ופסקו רמ"א סימן רנ"ז עיין שם וא"כ אי מיירי התם בבריא שאמר מהיום ולאחר מיתה לא שייך בהקדש ובהפקר אלא בחילוק לעניים דוקא מיהו לדעת הרמב"ן דסבירא ליה דלא מיירי אלא בשכ"מ אבל בריא אפילו בא בנו מתנתו מתנה והר"ן נסתפק במהיום ולאח' מיתה כמבואר בב"י סימן רמ"ו עיין שם אם כן ק' אמאי לא בעי בהקדש וכו' מהו :

כ"ד ואם הקדיש וכולי כתב הרשב"א בתשו' סימן אלף וקנ"ו בשכיב מרע שהקדיש בשטר וז"ל וא"ת אי בשטר אדרבא אין להקדש כלום דכיון דמתנ' שכיב מרע היא חיישי' שמא לא גמר להקדיש אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה וכולי אף אני לא אמרתי בלוה לכתוב ליפות כח וכגון דאמר ליה אף כתובו וכו' ע"ש ונראה דהיינו למאי דקי"ל בבעיא דשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו לקולא וש"מ דאפילו היכא ס"ס אין מוציאין מהיורש דהא דאמרי' דשמא לא גמר להקנות אלא בשט' ספיקא הוי אלא דאין מוציאין מחזקה היורש כמבוא' בתשו' הריב"ש סימן קס"ח וכן כתב הרמ"ה בפ' הספינה סי' כ"ח דחבשא בעלמא היא וחומרא לתובע וקולא לנתבע ואוקי ממונא בחזקת מריה עיין שם וא"כ בשכיב מרע שהקדיש בשטר היכא ס"ס במא גמר והקדיש מחייס וא"ת ל"ל הקדיש אלא אם ימות שמא לא גמר להקנות בשטר ואפ"ה אם לא כתב שיפוי כח בטל הקדש ועיין בס' בני יעקב דפ"ו עיין שם שכתב דאם נתן לעניים בקנין או בשטר ונמלא אחר כך ריעותא בקנין או בשט' אפשר דהכא נמי אמרינן דלא כיון להקנות אלא בקנין ובזה יש לפקפק עיין שם ונראה דבשכיב מרע שהקדיש בקנין או בשטר ודאי דאמרי' שמא לא גמר להקנות וכו' (א"ה עכ"מ) :

כ"ה כתב מהרש"ח סימן ל"ה דבכל ספק עניים אמרי' המוציא מחבירו עליו הראיה ומהר"ש שפס' הכא לחומרא יחיד הוא עיין שם ומהרימ"ט סימן קכ"ד

קכ"ד כ' דמהרש"ח כ' דרחב"ן ומהר"ס שפסקו לחומרח יחידים נינהו ותמה שידוע דמהר"ס בחחרונים חין ערוך חליו ורחב"ן ברחשונים גדול שמו וחיך לח נחוש לדבריה' עיין שם וכן כ' ה' פני משה ח"ב סימן נ"ח דמהר"ס ורחב"ן פס' לחומרח וחשש לדבריהם עיי"ש ובמהרימ"ט ח"ח סימן ע"ל וה' בית דוד סימן קל"ה הקשה על ה' פני משה מתשו' הרשב"ח סי' תקס"ג דס"ל דבש' חמרי' חוקי ממונח בחזקת מריה ע"ש ולח קש' מדי דהרשב"ח לשיטתו שכ' נהך בעיח דהקדיש כל נכסיו שדעתו נוטה כמו שפס' להקל עיין שם והרב בני משה חשש לרחב"ן ומהר"ס שפס' לחומרח ובעירובין דף ל"ו חמרי' ככר זה היום חול ולמחר קדש מספ' לח נחתח לה קדושה היום קדש ולמחר חול מספ' לח מפקעי' קדושה מיניה עיי"ש והרוחה בתשו' מהרב"ח שכ' דרחב"ן חפשר בהקדש דוק' פס' כן חבל בעניים מודה דתיקו דממונח לקולח ומהר"ס שפס' לחומרח יחידחה הוח עיין שם וכן מלחתי לרחב"ן בס' דק"ט וז"ל וכ"ל בהקדש חיסורח הוח ולחומרח הוח וחינו חוזר בהפקר חם הוח בידו הוח קדש וזכה וחילו' לעניים ממונח הוח וחולקים עכ"ל מיהו הרשב"ח בתשו' סימן תרע"ו כתב וז"ל וחפילו למי שפוס' שם לחומרח מסתברח דהכח לקולח דהתם שההקדש הקדש בודחי חלח שחנו מסופקים לכשיעמוד חם חוזר בו חם לחו חבל כחן דמסופקים חם חל ההקדש כלל מספ' חין מוליחין ממון מיד בעלים עיין שם גם מהר"י ן' מיגש בבתרח דקע"ד כ' וז"ל נקטי' הבתח שכיב מרע שהקדיש נכסיו ובשעה שהקדישן חמר מנה לפ' בידי שחם חמר תנו ודחי נותנין וכו' ודוקח היכח דחמר בשעה שהקדישן חבל לח חמר בשעה שהקדישן חף על גב דחמר תנו חין נותנין דהח חמרי' לעיל בפ' מ"ש חיבעיח להו הקדיש כל נכסיו מהו ועלתה בתיקו וקיי"לן דכל דתיקו דממונח חומרח לתובע וקולח לנתבע והח מכי חקדשיה לנכסיה הח קנינהו הקדש וכי בעי למהדר הבתח הוח דקבעי למהדר ולח מלי למהדר ביה חלח בראייה ברורה וכיון דחי בעי למהדר לח מלי למהדר ביה כי חמר תנו מנה לפלוני שיש לו חללי חין נותנין דחמרי' החי מהדר קח הדר ביה וכו' עכ"ל הרי שכת' דמספ' חינו יכול לחזור מהחי טעמח דכיון דכבר חל הקדש הח קיימח לן דבספ' ממונח קולח לנתבע ומספ' חין מוליחין מיד ההקדש ועיין בספר מגדל עוז בפר' ז' מה' ערכין חם כן נרחה דגם מהר"ס לח פס' לחומרח חלח התם דודחי חל ההקדש והס' הוח חם עמד חוזר בו חו לח חבל בכל ספ' חם חל ההקדש חין מוליחין מיד הבעלי' כמו שכתב הרשב"ח וכן מלחתי למהר"ס עלמו בתשובות החרונות סימן תתקל"ח שכ' וז"ל ומה שלוה לרבי ילחק הכהן על מה שהיה לו בידו שחם היה תמות שיעש' בהם המוטב נרחה לי דהמוטב שיש לו לעשות היינו שיש לו ליתן כל הממון בבידו ליורשי שלו הרחויי' לו ליורש' וחין לו ליתן חותם לנדקה ולח לשום דבר מלוה וכו' וחפילו חם הוה מספ"ל מוטב מחי הוי נכסים בחזקת יורשים קיימי' והבח להוליח מן היורשים עליו להביח רחייה ברורה וכו' ותדע דמספק לח תלי' דילמח לנדקה לחפוקי מחזקתם דחמרי' בפ' החשה שלוס מלח כלי וכתב עליו ק' קרבן וכולי ומסי' דלכולי עלמח חיישינן שמח פיו לקולח ולח תלי' מספ' דילמח קרבן הוח חו תרומה לחפוקי מחזקת' וכו' והכח נמי מסמ' בפ' זה בורר הרי שרחה חת חביו שהטמין ממון בשידה תיבה ומגדל וחמר של פ' הם של מעשר הם חם כמוסר דבריו קיימים וחם כמערים לח חמר כלום חלמח היכח דחיכח למיתלי להיתרח תלי' וכו' עכ"ל הרי דמהר"ס סבירח ליה דחין מוליחין מיד המוחז' בספ' הקדש ובחותה תשובה פס' בבעיח דשכ"מ שהקדי' כל נכסיו לחומרח חלח על כרחך דהתם שחני שההקדש הקדש בודחי והס' הוח חם יכול לחזור כשעמד חבל בס' חם חל הקדש חין מוליחין מיד המוחז' ושוב רחיתי לה' בני חיי סימן רנ"ח שכן כ' ע"ש :

ושוב מלחתי למהר"י ווי"ל בתשו' סימן קע"ה בחלמנ' שלח נשבעה ולותה לתת מנכסיה לנדקה כתב וז"ל בפר' הכותב במרדכי מייתי פלוגתח דרבוותח בהח חם חלמנה שנתנה ולח נשבעה על כתובתה חם מתנת' קיימת וכו' וחם יש נפסק לומר כיון שחמרה החשה לתת לנדקה הוי כמו חיסירח וספ' חיסורח לחומרח כדחמרינן בפרק מ"ש שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו מהו וקיימח בתיקו וכ' החשירי דמס' לח מבטלי' ההקדש והתם דהקדי' כל נכסיו בכתם חיכח לספיקי דדעתו היה בין יחיה בין ימות ומחיים התחיל ההקדש ולח לחחר מיתה חבל הכח בנדון דידן דפי' החשה לחחר מיתה בהדיח חפש"ל שלח התחיל הנדקה מעולם דהנכסים בחזקת היורשים והמיח להח דחמר רב כל ממון שחינו יכול להוליחו בדיינ' הקדשו חינו קדוש והכח נמי כשתמות הרי הם ברשות היורשים עכ"ל ודבריו תמוהים דהרח"ש לח משום חיסירח לחומר' כ' דחין מבטלין הקדש שהרי כ' דחין מבטלין נמי ההפק' וספ' הפקר לקולח כמו שכתב הר"ן בנדרים דף ז' גבי בעיח דיש יד לנדק' ולהפקר חו לח בשם הרמב"ן והרשב"ח גבי נדקה חזלינן לחומרח ככל תיקו דחיסורח וגבי הפק' חין ספ' דהוה ליה ס' לקולח עיין שם וכן מסמ' מדברי הרח"ש שלח הזכיר בעיח דהפקר חלח גבי נדקה פס' לחומרח וכן כ' הרמב"ם בפר' י"ב מהלכות נדרים דהוי ס' הפקר וכתב הרשב"ן ח"ב סימן רע"ב דכ"ד ד' כ"ו דודחי מוקמי' לממון בחזקת מפקיר ע"ש ובדברי הרח"ש בפ' מ"ש מבוחר הטעם דחין מבטלין מעשיו חלח היכח דבריח החומדנח כדפי' לעיל ושם לעיל גבי שכיב מרע שכת' כל נכסיו דחיישי' שמח יש לו נכסים חחרים כתב וז"ל והח דחיישי' מס' לחפיקי ממונח היינו טעמח משו' דיש כחן מתנה גמורה בקנין חלח דמחמת חומדנח הוח דחמרי' חם עמד חוזר והחי חומדנח לח חמרי' חלח היכ' דבריר לן בודחי וכו' עיין שם חם כן חפילו בהדיוט ס"ל דמספ' חומדנח חין מבטלין המתנה ותימח על הרשב"ן שם שתמה על הרח"ש עד שמלח להטור שכ' טעם הדבר ע"ש וכן כ' מהרח"י בכתבים סימן כ"ג וכ"כ מהרחנ"ח ח"ב סימן ל"ד ומהרח"ש ח"ב סימן ח' עי"ש ומהרחד"ב בספר לחם רב סימן רכ"ג כ' במודה בפני עד ח' על נכסיו שהם קדש כיון דהודחה בפני ע"ח פלוגתח דרבוות' חי מהניח חי לח זה שהוח מוחז' יכול לומר קי"ל כמ"ד דלח הוי הודחה וכו' והרח"ש פס' בהדיח דשכ"מ שהקדי' נכסיו דחינו חוזר ומשמ' משום חומרח דהקדש רבים חולקי' עליו ועוד דהרח"ש לח כ' שם חלח משום דחיכ' טעמ' דחנו בחים לבטל מעשיו מכח חומדנח וחם כן בכ"ד חף על גב דהוי לגבי הקדש ח"ל דהקדש הם לשעבר משמ' דהודחה בפני ע"ח לחו כלום וחף על גב דהרשב"ח כ' בתשו' בהך בעיח דשכיב מרע וכו' עיי"ש וכבר כתבתי תשובת הרשב"ח דגם הפוס' לחומרח בעיח דשכיב מרע וכו' ה"ד משום דהקדש חל :

כ"ו ואם הקדיש וכו' ה' בית חדש הקשה חמחי לח בעי במי שהלך בנו למדינת הים חם הקדי' חו חילק לעניים מהו והרב קהלת יעקב דף קל"ג ע"ד תירץ דהכח דוקח לגבי נפשיה מלי למימר דכל לגב

נפשיה

נפשיה לא גמר ומקדיש אבל לגבי בנו פשיטא דלא אמרי׳ דלא גמר ומקדיש עיין שם וכן מצאתי למהר״א די בוטון בספר לחם רב סימן ר״ג שכתב וזה לשונו אף על גב דהרשב״א בתשובות כת׳ דאפילו נתן לבתו אם לא אמר מנכסי לא מהני אף על גב דבתו קריבה אלו הקדש עדיף טפי תדע דהא בפר׳ מ״ש גבי הקדש ואיל׳ לעניים לא דחי׳ להא לד דאמרי׳ גמר ומקנה גבי הקדש ועניי׳ אלא משום דלגבי נפשיה לא גמר ומקנה דודאי אם יעמו׳ רוצה שיחזור הממון לו אבל אם מת דליכא טעמא דלגבי נפשיה כנ״ד ודאי לא אמרי׳ לא גמר ומקנה ע״ש וכן הי׳ מהרש״ך ח״א סימן מ״א ונמשך אחריו הרב פני משה ח״ב סימן כ״ח עיין שם והביאו ה׳ כנסת הגדולה הגב״י אות כ״ו ע״ש :

וראיתי למהרא״ח ח״ב סימן ל״ד בא׳ שאמר אני מניח להקדש וכולי ועמד זמן ואח״כ מת שכתב וז״ל אבל כד דייק שפיר נדון זה לא הוי כהיא דהקדיש נכסיו דהתם הוא מקדיש סתם ואינו אומר שזה מקדיש לאחר מיתה וכולי אבל בנ״ז לשון צוואתו מוכחת שלא היה מקדיש אלא לאחר מיתה שאמ׳ אני מניח להקדש וכולי ולשון זה ודאי לאחר מיתה משמע ויש בזה להקל ולהחמיר להקל דליכא לספוקי שהקדיש מחיים ולהחמיר שא״ל שצוואה זו כיון בה לכל זמן שימות ואע״ג דלענין מתנה שכ״מ מרע אפי׳ אמר בפי׳ כל זמן שימות לא מהניא היינו משום דלית בה קנין ומדרבנן בעלמא היא דקניא כדי שלא תטרף דעתו עליו וכו׳ אבל אלו היה שם קנין ודאי קני ומעתה לגבי הקדש דאפילו בלא קנין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אפשר דכשאמר אני מניח מהניא לכל זמן שימות וכשמת ראובן זה זכה ההקדש וכו׳ ע״ש ואם כן היא דהקדיש נכסיו לא מ״ל אלא אם עמד חוזר או לא אבל אם מת אפילו חזר בעודו שכ״מ זכה הקדש מטעם דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט והו״ל כנותן בקנין אם ימות וכן ראיתי להרשב״ש בתשובות סי׳ שס״א שכתב דהקדש אין צריך מעכשיו ואפי׳ אמר לאחר מיתה קנה וכן כתב הרשב״א באומר סלע זו לצדקה לאחר ל׳ יום ע״ש וכן כתב הרדב״ז ח״ג סימן תקכ״ג במי שהקדיש לאחר מיתה וז״ל וא״ת והרי לא הקדיש אלא לאחר מיתה ובאותה שעה כבר הוא של יורש ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו והוי כנותן לחבירו מתנה לאחר מיתה וכולי כמה תשובות יש בדבר כיון דאמירה כמסיר׳ הוי כאלו מסרו להקדש מחיים ושוב לא יוכל לחזור בו וגדולה מזו אמרו האומר העשה דבר פ׳ הקדש צריך לעשותו הקדש ואפילו הוא בעצמו אינו יכול לחזור בו ועוד דאין אדם מוציא דבריו לבטלה וכ״ש להקדש וכולי עכ״ל וכן דעת מהראד״ב סימן רכ״ג שכתב בא׳ שאמר לחבירו למה אינך מקדיש קרקע פ׳ והשיב דבעודי בחיים אני אוכל פירותיה אבל אחר שימות קדש הוא כיון דלא אמר יהיו קדש אלא קדש הוא אם כן אינו מקדיש עכשיו דאין זה לשון להבא וכו׳ עיין שם משמע דאם אמר יהיו קדש אחר שאמות חל ההקדש משום דבהקדש אין צריך מעכשיו :

ולבאור׳ נר׳ שזה תלוי במחלוקת שכתב מרן הב״י סימן ר״ט וז״ל וכתב הר״ן בפ׳ מ״ש שדעת הראב״ד לומר שכיון דטעמ׳ הוי משום דלגבי עצמו בעין יפה משייר דוקא במכירה או במתנת בריא הוא דאמרי׳ דמשייר לנפשיה אבל במתנת שכיב מרע דאינה אלא לאחר מיתה לא דהא לנפשיה לא משייר ולא מידי אבל הרשב״א כתב שאף מתנת שכיב מרע בכלל דכל מה דמשייר אף לבניו וליורשיו בעין יפה משייר עכ״ל א״כ לדעת הראב״ד ה״נ דוקא לגבי נפשיה לא גמר ומקדיש ולא לגבי בניו ויורשיו אבל לדעת הרשב״א אפילו לגבי שאר יורשיו אמר דלא גמר ומקדיש ומ״ש ה׳ כנה״ג על דברי מהרש״ך וכן ראיתי לבעל התרומות שער מ״ב הביאו מרן הב״י סימן רכ״ה שכתב דמכח סוגיא דפ׳ גט פשוט פסקו הראשונים שאינו יכול לחזור בו בעודו שכ״מ ע״ש דהם סבירא להו דאפילו עמד חוזר דמההיא דרב הונא נפשטא בעיין דאשכחן כמה בעיות דסלקו בתיקו ונפשטו ממקום אחר וכן מצאתי להרשב״א בתשובות ח״ג סימן קנ״ב שכתב וז״ל ואמר וכן אתה אומר כן בשכיב מרע שמכר כל נכסיו וכולי אם עמד חוזר וכל היכא דלא עמד אינו יכול לחזור בו ואני אומר כי כל מ״ש כאן אינו ולא אמרו אדם מכל מחברי ספרי׳ וסופרי׳ דשמואל כללא כייל דכל שעמד חוזר הוא במתנתו וכיון שאם עמד חוזר בהקדשו חוזר הוא בו אף על גב דמת הוא וכולי ומ״ש בשם הרמב״ן וכולי תלה ברבי׳ מה שאינו ואדרבא בפי׳ כתב בחוזר בהקדשו וז״ל שכתב בשלהי ג״פ גבי מימרא דרב הונא שאמר שכ״מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ׳ בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על הקדש פי׳ שהקדיש כשהוא בריא ואח״ך כשהוא שכיב מרע בשעת צוואתו אמר אבל אי אקדיש כשהוא שכיב מרע בעיא ולא איפשטא שמא אם עמד חוזר וקי״ל כל שאלו עמד חוזר חוזר במתנתו וכולי והראב״ד שפי׳ ההיא דרב הונא בשכיב מרע שהקדיש בשעת צוואתו כ׳ דמההיא שמעי׳ דשכ״מ שהקדיש כל נכסיו אין יכול לחזור בו כלומר אפי׳ עמד שאם יכול לחזור בו ל״ל חזקה יכול היה לחזור בכולן אלמא דבר פשוט הוא לכולן דכל שעמד חוזר חוזר במתנתו עכ״ל הרי שכתב הראב״ד דסבירא ליה מדרב הונא שמעי׳ דאפילו עמד אינו יכול לחזור וכן כתב בסימן רל״ה וז״ל וסלקא בתיקו דאיסורא ועוד מדאמר רב הונא בשלהי ג״פ שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ׳ בידי וכו׳ ע״ש וזה דעת הראשוני׳ שכ׳ בעל התרומו׳ וכן הבין ה׳ גדולי תרומה שהק׳ דאכתי למה עלתה בתיקו תפשוט מהא דרב הונא ע״ש ולק״מ דאה״נ מההיא דרב הונא תפשוט הבעיא דאשכחן כמה בעיות דסלקו בתיקו ונפשטו ממקום אחר ועיין בס׳ יד מלאכי סימן תרל״ה מיהו נראה דאין זה מוכרח דא״ל כוונת הראב״ד שכ׳ דמההיא דרב הונא שמעינן דשכ״מ שהקדיש כל נכסיו אינו יכול לחזור ה״ד בעודו שכ״מ אבל אם עמד חוזר כדעת החולקים על הרשב״א והוא הרא״ה כמ״ש מהרב״א בתשובות סימן ע״ו עיין שם וכן מצאתי לה׳ נמקי יוסף בחי׳ לנדרים סוף דכ״ט שכתב וז״ל וכתב הריטב״א ומכאן סיוע לאשר דן רב״י הלוי שכ״מ שהקדיש נכסיו אע״ג אם עמד חוזר שלא הקדיש אלא לאחר מיתה מכל מקום אם לא עמד אינו חוזר ולא אמרינן בהא כל שאלו עמד חוזר חוזר במתנתו כדאמרינן להדיוט דשאני הכא דאמי׳ כמסירה וכדאמרינן הכא דל״מ למהדר ביה והוי כמקדיש מעכשיו אם ימות אבל רבי׳ הרשב״א חולק בזה עיין שם הרי דהרא״ה והריטב״א סבירא להו דאם לא עמד אינו יכול לחזור בהקדש מטעם דאמירתו לגבוה כמסירה והו״ל כמקדיש מעכשיו אם ימות וכבר כתבתי בסימן רי״א תשובות ר׳ ישעיה הא׳ בס׳ המכריע סי׳ פ״א דנר׳ דמ״ך שכ׳ שם סבירא ליה דוקא אם עמד חוזר אבל אינו יכול לחזור בעודו שכ״מ וע״כ איירי בנתן כל נכסיו בקנין מעכשיו וא״כ ה״ה בהקדש דאמירה כמסירה והוי כמקדיש מעכשיו

וכן

וכן כתב הכ"י גבי כל שאלו עמד חוזר בשם הריטב"א עיין שם אבל מדברי מהר"י ן' מיגש בפ' י"ן גבי קנין עד אימתי חוזר וכולי נראה דסבירא ליה דבכל ענין דאם עמד חוזר יכול לחזור בעודו שכיב מרע עש"ב וכעין זה כ' הטור בסימן קכ"א בשם הרמ"ה בשכ"מ שאמר הולך מנה לפ' דאינו יכול לחזור כל זמן שלא עמד ואם עמד חוזר אפילו בא ליד המקבל ול"ד לשאר מתנת שכיב מרע שאינו נותן במסירה ולא יצא הממון מתחת ידו אבל זה שיוצא הממון מתחת ידו ודאי דעתו שיקנה מיד אם ימות וכתב הט"ז שם דהא דאמרינן כל שעמד חוזר חוזר במתנתו כלל זה נאמר במתנת שכיב מרע דהוי מכח שדבריו ככתובים וכמסורים דמו אבל הכא דיפוי כח של המתנה מכח שמסר הממון ליד הזוכה עיין שם והכא נמי בהקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט והו"ל כמסר והוציא הממון מתחת ידו ואף על גב דדברי שכיב מרע נמי ככתובי' וכמסורי' ה"ד מדרבנן כדי שלא תטרף דעתו ולכך יכול לחזור אבל במסירה וכן בהקדש דאמירתו כמסירתו מדאורייתא' אינו יכול לחזור אבל הרשב"א שחולק בזה נראה דהוא אזיל לטעמיה דסבירא ליה דלא חשיב כמסירה דמעכשיו כמבואר בדברי הר"ן בנדרים דף ל' ע"ש ובתשו' ח"ד סי' ל"ב הוכיח כן דלא הוי כמסורים ממש ליד גזבר כתבתי דבריו בסימן רמ"ח עיין שם אבל במסר ממש ודאי דאינו יכול לחזור והרא"ה והריטב"א ס"ל דהוי כמסור ממש כדעת הר"ן שם וכן נראה דעת הראשונים שכתב בעל התרומות שאינו יכול לחזור בעודו שכיב מרע משמע דאם עמד יכול לחזור ודלא כה' גדולי תרומה ואפשר גם כן שכן דעת הראב"ד אלא שהרשב"א כ' לדעתו כלומר אפילו אם עמד וכו' אבל הרמב"ן וכן התוס' דקע"ד ע"ב בד"ה שכיב מרע וכולי שנדחקו בההיא דרב הונא מוכח דס"ל דגם בהקדש אמרינן כל שעמד חוזר חוזר בעודו שכיב מרע כדעת הרשב"א וכ"כ דעת מהר"י מיגש שם והרמב"ם בפ"ז מה' ערכין ע"ש וכ"כ מהר"ם בתשו' סי' והביאו המרדכי בפ' מ"ש ע"ש וגם הרא"ה והריטב"א דס"ל דאינו יכול לחזור לא מטעם שכתב מהרש"ך וה' קהלת יעקב דלגבי יורש גמר ומקנה להקדש אלא משו' דאמירתו לגבוה כמסירה והו"ל כמקדיש מעכשיו אם ימות ואם כן אכתי ק' אמאי לא בעי גבי מי שהלך בנו למ"ה אם הקדיש וחילק לעניים מהו :

כ"ז או חלקם לעניי' וכו' אם עמד נתבטל וכו' הק' מהרש"א בתשו' סי' ל"ה דבפ"ק דנדרים מ"ל

יש יד לצדקה ויש יד לפאה או לא ופסקו הרמב"ן והרשב"א והרא"ש דהוי תיקו דאיסורא ולחומרא עיין שם באורך שנדחק ומהרימ"ט סי' קכ"ד כ' דהתם אי באומר לנפקות' איכווני מאי מ"ל אפילו תימא יש יד הא בעי' פיו ולבו שוים ונאמן לומר כך היה בלבי מתוך שהוא נאמן על פתחו דקיי"ל נשאלים על ההקדש אע"כ בעיין כשמודה דלהקדש נתכוון מ"מ גמר בלבו צריך שיוציא בשפתיו וכו' ע"ש ואין נ"ל דאם מודה דלהקדש נתכוון פשיטא דחייב כדאיתא בריש נזיר ופסקו הרמב"ם ריש הלכות נזירות וז"ל אין אומרי' בנזירות עד שיוציא וכו' אלא שכיון שגמר בלבו והוציא בשפתיו דברים שענינם שיהא נזיר אף על פי שהן ענייכות רחוקות ואף על פי שאין משמען לשון נזירות הרי הוא נזיר כילד הרי שהיה נזיר עובר לפניו ואמר אהיה הרי זה נזיר הואיל בלבו היה שיהיה כמו זה וכו' עיין שם אלמא אפי' אמר אהיה שאין משמעות לשון נזירות הוי נזיר וכל שכן הכא משמע טפי והדין נמי קאמר לצדקה ואף ע"ג דאם לא היה נזיר עובר לפניו אפי' אמר בלבו לא מהני כבר כ' התוס' בשבועות דף כ"ו עמוד שני בד"ה גמר וכו' דהתם במאי דקאמ' אהא לא משמע כלל לשון נזירות אם אין הנזיר עובר לפניו והוי כאלו גמר בלבו להיות נזיר ולא הוציא כלום בשפתיו אבל הכא סתם פת הוי דחטים עיין שם והכא נמי דמי לנזיר עובר לפניו ואמר אהיה או לגמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת סתם ועיין בספר אורים גדולים למוד קל"ה שכתב גבי דאם גמר בלבו להיות כמוהו נזיר הרי זה נזיר דבנזירות לא בעי' פיו ולבו שוין אבל אם אמר בלבו היה לפוטרו מקרבנות שהוא נדר גמור לא אמר כלום ובנדרים בעי' פיו ולבו שוים כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מהלכות נדרים ע"ש ולפ"ז הכא נמי אפשר אם לצדקה נתכוון דהוי נדר בעי' פיו ולבו שוין אבל הא ליתא דנזירו' לנדרים איתקשו כדאיתא בריש נדרים כי יפליא לנדור נדר נזיר וברפ"ג דנדרים מוכח בהדיא דלר"ט בעי' הפלאה בנדרים כמו בנזירות וכתב הר"ן משום דנדרים איתקשו לנזירות עיין שם ואם כן הכא נמי נילף נזירות מנדרים דבעינן פיו ולבו שוין מהך היקשא ועוד דבשבועות שם מבואר דבהקדש אין צריך להוציא בשפתיו כלו' אלא אם גמר בלבו חייב ופסקו הרמב"ם בפי"ד מהל' מעה"ק דין י"ב ע"ש ודעת המרדכי ומהריק"ו דצדקה כהקדש אבל הרא"ש סבירא ליה דחולין מקדשים לא ילפי' כמבואר בסי' רי"ב עיין שם וא"כ היכי אמרי כיון דאיתקש לקרבנות דכתיב בפיך זו צדקה מה קרבנות יש יד להם וכו' דהא באומ' להקדש נתכוונתי אפי' לא הוציא בשפתיו כלום חייב וכל שכן כשאמר והדין אלא נראה כמ"ש התוס' בר"פ שבועו' שתים וז"ל וא"ת וניסייליה מה היה בדעתו וי"ל כגון שאמ' שהיה בדעתו כל מה שיהיה משמעות לשונו א"כ כגון ששכח מה בדעתו עיין שם והכא נמי א"ל שאמר והדין דדעתו על מה שיהיה משמעות לשונו או ששכח מה היה בדעתו אבל אם אמר בלבי היה להקדש או לצדקה נאמן ושוב מצאתי להרדב"ז חלק שלישי סי' תכ"ו בשכי' מרע שאמר סלע זו לצדקה וסלע זו ונשתתק כ' וז"ל ובשלמא היכא דהו"מ משלים לדבוריה ולא השלים א"ל כיון דלא קאמר נמי לאו לצדקה קאמר אלא לנפקותא אבל הכא דנשתתק ודאי לצדקה קאמר וכו' עיין שם (א"ה עכ"מ ואחר כך מצאתי כתוב ומ"ש מהרימ"ט וכולי) :

ומ"ש מהרימ"ט דנאמן לומ' לנפקותא נתכוונתי במגו שהיה נשאל על הקדשו ליתא שהרי הרמב"ם

בפ"ז מהלכות ערכין כתב וז"ל המקדיש כל נכסיו ואחר כך גרש אשתו וכו' אינה גובה עד שידירנה הנאה שמא קנוניא עשו על ההקדש ואין אומרים אלו רצה היה אומ' בטעות הקדשתי וישאל על הקדשו לחכם ויחזור לו וכת' הר"ן בפ' אלמנה ניזונת שסמך אדרב הונא דאמר שכיב מרע שהקדיש וכו' הא בבריא חיישי' לקנוניא ואין מאמיני' אותו מתוך שיכול להפקיעו בשאלה ואי מהא לא אריא דהתם דדבורא בעלמא קיל ליה טפי משאלה ומשו"ה חיישי' אבל מעשה קשה דגירושין לא עביד כיון דאפשר בשאלה ומ"ה לא חייש ר"י עכ"ל הרי דהרמב"ם סביר' ליה דאפילו במעשה קשה כגירושין לא אמרינן אלו רצה היה נשאל על הקדשו והר"ן מודה בדבר ק"ל עושין קנוני' ולא ישאל על הקדשו וכן אי' התוס' בפ' שום היתומים בד"ה בשאלה וכו' עיין שם א"כ לכ"ע אינו נאמן במגו דיכול לישאל בדבר קל מיהו הרמב"ן במלחמ' סוף בתרא כתב בההיא דרב הונא דשכיב מרע שהקדיש וכולי כתב והוא שהקדיש על דעת רבים שאם הקדיש סתם אפילו אדם עושה קנוניא על ההקדש ואפילו בריא נאמן במגו דאי

דאי בעי מתשיל אכוליה הקדש דקי"ל יש שאלה להקדש בין בפתח בין בחרטה וכן כתב הרשב"א בתשו' חלק ג' סי' רל"ה דמיירי שמסר לגזבר דאל"כ בלא"ה נאמן במגו שיכול לישאל על הקדשו עיין שם :

ולכאור' נר' דגם הרמב"ם דסבירא ליה דלא אמרי' מגו אלו רצה היה נשאל על הקדשו אלא בהקדש מטעם דאין שאלה להקדש אלא ע"י פתח ולא סגי בחרטה כמ"ש מהרב"א בתשוב' סימן ט"ו וכן כתב המח"א הלכות צדקה סימן ה' שזה טעם הרמב"ם אלא שהשוה צדקה לעניי' כהקדש ולא זכר דברי מהרב"א עי' שם ומה שהוכחתי בס' עה"ש ח"ד סי' ר"ג מדברי הר"ן דאפי' הקדש סגי בחרטה שכת' בנדרים סוף דכ"ב וז"ל והא דלא פתח בחרטה וכו' וי"מ שאותו נדר היה כעין דבר מצוה כגון שנדר להתענות זמן ידוע והתענה מקצת אותו זמן ואלו היה מתחרט על עיקר הנדר יאבד שכר תעניותיו שהתענה אם היה תוהא על הראשונות לפיכך לא היה מתחרט עיין שם ולא תי' שאותו נדר היה לדבר מצוה כגון צדקה לעניי' דלא סגי בחרטה בלא פתח משמ' דס"ל דסגי בחרטה עיין שם לא מכרעא אלא בצדקה לעניים אבל בקדשי מזבח וקדשי ב"ה דבאמירה בעלמא חל ונקנה להקדש מודה הר"ן שצריך פתח לשווי הקדש טעות כמ"ש מהרב"א שם דשאלה בהקדש לא סגי בחרטה דהא לא ידעינן דיש שאלה בהקדש אלא מדקי"ל כב"ה דהקדש טעות אינו הקדש אם כן צריך פתח דמשוי ליה הקדש טעות וכן כתב הרמ"ע בתשו' סי' ס"ב עיין שם ובזה"ז סתם הקדש לעניי' אבל כבר כתבתי דברי הרמב"ן במלחמות שכת' דקיי"ל יש שאלה להקדש בין בפתח בין בחרטה וכבר הר' קול יעקב בל' הרמב"ם דמ"ה תמה על מהרב"א והביא דברי הרמב"ן והתוס' והר' עזריאל דסבירא להו דשאלה בהקדש סגי בחרטה עיי"ש באורך וכן משמע מדברי הרשב"א בתשו' חלק רביעי סי' קנ"ד שכתב וז"ל אם רצה שלא לתת אותה לצדקה לריכים שאלת חכם וחכם מתיר לה ע"י פתח או על ידי חרטה וכולי דקיימא לן כב"ה דאמ' הקדש טעות אינו הקדש ודוקא עד שלא באו ליד גבאי וכו' דאף ע"ג דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט לא לענין זה אתמר אלא לענין קנייה ולא עוד אלא אפי' הקדים והפרים נשאלים על ההקדש וכו' משמע דאין חי' בין צדקה להקדש ואפי' הפרים סגי בחרטה וא"כ שמעינן דאפילו בידו לישאל בחרטה בדבר קל עושה קנוניא ולא ישאל על הקדשו ולשון הרמב"ם בפ"ד מהלכות נדרים דכשם שנשאלים על נדרי איסור ומתירי' כך נשאלי' על נדרי הקדש ומתירי' וכו' משמ' דאין חי' בין הקדש לנדרי איסור אלא שכ' בס"ה נדרי' דנדרי הקדש מצוה לקיימם ולא ישאל עליהם אלא מדוחק עיין שם והיינו אפילו בחרטה וכן כתב מהרלנ"ח סי' ד' עיין שם וכתב מהר"ם מינץ סי' ע"ג דה"ה נדרי צדקה אין נשאלים עליהם אלא מדוחק עיין שם ואפשר דלכך אינו נאמן במגו שיכול לישאל על הקדשו מה"ט דאין נשאלין עליהם אלא מדוחק והרדב"ז בס' יקר תפארת בפ"ה מה' ערכין כתב משום דאין זה מגו טוב דמי יימר דמזדמן ליה חכם עיין שם :

מיהו ק' מדאמרי' בבכורות ס"פ עד כמה ורואה את קדשיו דאי בעי מתשיל עלייהו עיין שם ומ"ש הכא דאינו נאמן במגו ועיין בס' הלכות יום טוב דקכ"ב מה שתי' ואכתי ק' לדברי הר"ן שכת' דהא דאמר רב הונא שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו וכו' הא בריא אינו נאמן דחיישי' לקנוניא אע"ג דבידו להפקיעו בשאלה משו' דדבורא קיל ליה טפי משאלה ואמאי רואה את קדשו. ונאמן במגו ולדברי הרמב"ן והרשב"א דרב הונא מיירי בהקדש ע"ד רבים או כשמסרו ליד הגזבר ואין לו שאלה א"ש אבל לדעת הר"ן דאפילו יש לו שאלה לא אמרינן מגו אמאי הכא נאמן ואפשר לומר דלא אמרינן דבורא קיל ליה טפי משאלה אלא במי שאמר מנה לפלוני בידי דאינה טענה גרועה וספק שקול הוא אבל התם באומר דמום קבוע הוא שיכול מומחה אחר להכחישו שאינו מום קבוע אף על גב דדבורא קיל ליה לא משקר בטענה גרועה וכהאי גוונא כתב מהר"י בן יעיש בתשו' בספר בני אהרן סימן ס"א עיין שם ואם כן הכא נמי באומ' הדין זוזא לצדקה והדין משמע טפי הדין נמי לצדקה כמ"ש ה' כנסת הגדולה ולנפקותא נתכוונתי נאמן דמשו' דדבור' קיל ליה לא משקר בטענה גרועה ועוד נר' דהרמב"ם והר"ן לא אמרו אלא התם שההקדש ודאי אינו נאמן להפקיעו במגו דיכול לישאל עליו דהוי כמו מגו להוציא אבל הכא לנפקותא נתכוונתי ולא חל ההקדש כלל נאמן וכהאי גוונא כתב הרשב"א בתשו' סי' תרכ"ו עיין שם :

וראיתי להרב עדות ביעקב סימן ס"ו דקס"ט ע"ג שכתב כיון דמתנת שכיב מרע שהיא לאחר מיתה תקנה דרבנן היא כדי שלא תטרף דעתו וכו' אזלי' לקולא עיין שם ולא דק בהקדש אי אמרי' דלגבי הקדש גמר ומקנה בין יחיה בין ימות קנה מדאורייתא' דאמירה לגבוה מדאורייתא ודוקא במתנת שכיב מרע דלא גמר ליתן אלא אם ימות מדרבנן הוא דקונה באמירה אבל גבי הקדש בין בריא בין שכיב מרע קונה באמירה מדאורי' ואם כן הוי ספק דאורייתא וכהאי גוונא כתב הרשב"א בתשו' חלק שלישי סימן קכ"ב דאפי' שהנותן למי שאינו בר ירושה אינו זוכה במתנת שכיב מרע הקדש שאני לפי שההקדש קונה לעולם באמירה בעלמא אפי' בבריא וכו' עיין שם ואם כן הכא נמי (א"ה עכ"מ) ועיין בס' בית דוד סימן קכ"ו שכתב ואין בו משום ספק לקט דהא פי' בירוש' דדוקא במתנות של תורה דלקט ושכחה דאיכ' קרא הוי ספק להחמיר אבל מתנה בעלמ' הרי הם כשאר כל אדם (א"ה עד כאן מנאתי) :

כ"ה בת' מהרא"ד"ב בס' לחם רב סי' ר"ג בלווה להקדש שלא כתב בה מנכסי וכו' לכאור' פלוגת' היא דהרשב"א סבירא ליה דבעי' שיאמר מנכסי משום דפסק כשמואל בפרק שבועת הדייני' דמנה דוקא קאמר אבל לשאר הפוסקים שפסקו כרב והם הרמב"ן והרא"ש והטור שכ' דבהלואה שוה קאמר ובפקדון דוקא קאמר א"כ גבי שכיב מרע נמי אף על גב דלא אמר מנכסי אמרינן דשוה קאמר וכ"כ מדברי הר"ן בספ"ק דגיטין דהא בהא תליא וכ"כ בהדיא מהרשב"א עצמו בתשו' אלף כ"ה ומהתשו' שהביא מהרי"ק עיין שם ואם כן נכסים בחזקת יורשים קיימי עיין שם ונעלם ממנו מ"ש הר"ן בפרק שבועת הדיינים בשם הרשב"א דאפי' לרב נמי כי אמרינן דשוה קאמר דוקא בטוען כך וכך יש לי בידך בהלואה אבל נותן לעולם דוק' קאמר וראייה לדבר מדתנן בפרק קמא דגיטין תנו מנה פ' ומת יתנו לאחר מיתה ואוקמא רב שמואל בר מרתא משמיה דרב בלבורים ומונחים ובשכיב מרע וכולי מנה סתם אין נותנין שמא מנה קבור קאמר וא"ת דשוה מנה אמר אמאי חיישינן למנה קבור הא לא ייחד לה דבר מיוחד מנכסיו אלא שוה קאמר וכולי אלא ודאי בנותן דוקא קאמר ומשום האי טעמא דאמרן הילכך שכיב מרע שאמר תנו מנה לפלוני חזינן אי אית ליה בעין יהב ליה ואי לא לא

והסכים

והשכים עמו הר"ן שם במתנה עיין שם באורך וכן כתב הרשב"א בתשו' הביאו מרן הב"י סימן רנ"ג מחודש א' עיין שם וכ"כ עוד בתשו' חלק רביעי סימן קכ"ט עיין שם הרי דהרשב"א והר"ן סבירא להו דרב נמי מודה במתנה דמנה דוקא קאמר וכן כתב מהרי"ק דלא מצינו שום פוסק שיחלוק על הרשב"א ומהראד"ב שם תמה עליו בחנם עיין שם:

ומ"ש עוד מהראד"ב שם וז"ל אבל כד מעיינת שפיר נ"ל דהלוואה קיימת ואף על גב דכ' הרשב"א בתשו' דאפי' נתן לבתו דקרובה אצלו אם לא אמר מנכסי לא מהני נודה בהקדש דעדיף טפי וכו' תדע דהא בפ' מ"ש גבי הקדש וחילוק לעניי' לא דחי' להאי לד דאמרי' גמר ומקני גבי הקדש ועניים אלא משום דלגבי נפשיה לא גמר ומקני דאם יעמוד רוצה שיחזור לו הממון אבל אם מת דליכא טעמא דלגבי נפשיה ודאי דאמרינן גמר ומקני וכל שכן למאן דאמר דש' הקדש לחומרא עי' שם וכבר כתבתי לעיל בסעיף כ"ו דברי הרא"ה והריטב"א דסבירא להו הכי דשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו אע"ג דאם עמד חוזר אם לא עמד אינו חוזר אבל הרשב"א חולק וסבירא ליה דיכול לחזור אפילו מת וגם הרא"ה והריטב"א לא ממעט דלגבי יורש גמר ומקני להקדש אלא משום דאמירתו לגבוה הוי כמסירה והו"ל כמקדיש מעכשיו אם ימות אבל בכ"ד שלא אמר מנכסי דחיישינן למנה קבור אפילו בהקדש לא מהני וגם מי שפוסק בהך בעיא לחומרא כתב הרשב"א סימן תרכ"ו מסתברא דהתם משום שהקדש הקדש בודאי אלא שאנו מסופקים לכשיעמוד אם חוזר בו או לא אבל כאן דמסופק אם חל ההקדש כלל מספק אין מוציאין ממון מיד בעלים עיין שם:

כ"ט כת' מהר"י באסן בתשוב' סימן נ"ג נלע"ד דלכ"ע אין דין מברחת בהקדש ואפילו בהקדש עניים דכל דין מברחת מכח האומדנ' דאין אדם נותן כל נכסיו לאחרים והוא יחזור על הפתחים ואומדנא זו עצמה איבעיא לן גבי שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו אי אמרי' דלגבי הקדש גמר ומקני וכולי ופסק הרמב"ם והרמ"ה דאין מוציאין מידו ואם כן בכ"ד שההקדש מוחזק אין מוציאין מיד הגזבר וכ"ש להרא"ש שכתב שם דמוציאין מהיורשים עיין שם ונראה דאע"פ שכתב הרשב"א סימן תרכ"ו דאפי' מי שפוסק שם לחומרא היינו משום שההקד' בודאי אלא מסופקי' לכשיעמוד אם חוזר בו או לא ה"נ מברחת דכתובה שהרי כתב הרא"ש בפרק האשה שנפלו גבי מברחת דהפירות יאכל מקבל מתנה אם תמות בחיי בעלה ישארו ביד מקבל המתנה ואם מת בעלה ומתה היא אחר כך קודם שחזרה מן המתנה חוזרים הנכסים ליורשיה דאזלינן בתר אומדנא שלא נתנה לו אלא כדי להבריח מבעלה ומיד שמת בעלה בטלה האומדנא וחזרו הנכסים לרשותם מ"ד אמתנת שכיב מרע בכולה דאם עמד חוזר עיין שם הרי דמברחת דינה כמתנת שכ"מ דאם מתה זכה מקבל המתנה ואם עמד חוזרת ממילא ואם כן ההקדש בודאי אלא שאנו מסופקי' לכשעמדה אם חוזרת או לא וכן פסק מהר"י ן' מיגש בהך בעיא לחומר' דאינו יכול לחזור מה"ט דכבר חל ההקדש וקי"ל דבספק ממונא קולא לנתבע ואין מוציאין מיד ההקדש עיין שם וראיתי למהר"ם מפדווא סי' ן' שכ' וז"ל אמנם אחר העיון נ"ל דשמעון פטור שיש כאן אומדנא דמוכח ואזלי' בתר אומדנא וכולי כי בודאי המכוון לא היה להעניש שמעון אם יצא מן העיר דרך עראי מהלך יום א' וכולי לכן בלי ספק אין בזה בית מיחוש גבי הדיוט ואין להדיוט שהוא ראובן שום התחלה לתבוע הקנס שהוא חלקו רק כי לגבי הקדש יש בו קצת טענה אבל אינה כהלכה והוא מאי דאיתא בפרק מ"ש וכו' א"ל הקדיש כל נכסיו וכו' והרא"ש פסק שם דאין מבטלין ההקדש וכולי אמנם כל שאר הפוסקים לא הסכימו לדבריו רק פסקו ככל שאר תיקו דממונא שהוא קולא לנתבע וכו' ומה שהמעות ביד בע"ה י"פ אף אם הושלשו מתחלה לבטחו' זה ליפרע ממנו אם יעבור מכל מקום נראה ודאי שכל עוד שאינו ברור שעבר המעות הם של שמעון ושכנגדו נקרא המוציא עליו הראייה וכו' עיין שם הרי דס"ל דאפי' המעות ביד הגזבר מוציאין ממנו ולפי מ"ש נראה דגם הרא"ש לא אמר אלא משום דכבר חל ההקדש כמ"ש מהר"י ן' מיגש אבל בנדון הרב דהספק אם חל ההקדש מוציאין ובתשו' מהרש"ך חלק רביעי סימן ס"ט משמע דס"ל דגם לגבי הקדש יש דין מברחת וכן דעת ה' כרם שלמה סי' ע' עיין שם ועיין בתשו' הרשב"ץ חלק ג' סי' קכ"ב:

ל' כתב ה' בית דוד סימן קכ"ו דקל"ה ע"ג נ"ל דבהקדיש מקצת נכסיו במתנת שכיב מרע בפי' שדינו שקונה בלא קנין ואם עמד חוזר פשיטא דלא אמרי' לגבי הקדש או עניים גמר ומקני מחיים כיון שאמר בפי' שנותן במתנת שכיב מרע ולא מ"ל אלא במקדיש כל נכסיו סתם דלא אמרינן שנותן במתנת שכיב מרע אלא מאומדנא אמרינן שהוא לאחר מיתה עיין שם וז"ל מהר"ם בתשו' האחרונות סימן תתקל"ח מיהו נראה כיון דלא נקנה אלא לאחר מיתה בפי' שאמרה אחר מותה תנו כו"ך לנרות כו"ך לכיס של בדקה הקדש וכו' וא"ת הא מ"ל בפ' מ"ש שכיב מרע שהקדיש וכו' וקי"ל דכל תיקו דאיסורא לחומרא ואם כן הכא נמי בדין זה מספק לא ניתיב ליורשים אלא להקדש וכו' לק"מ דהתם מיירי בהקדיש כל נכסיו בלא שיור בסתם ולא פי' בהדיא לאחר מיתה והכי מ"ל מי אמרי' וכולי אבל לגבוה גמר בלבו מיד לתת בין יחיה בין ימות וכו' אבל בהדיא אם ימות פשיט' דבר מהדר הוא ואם עמד חוזר ובטל ההקדש ממילא כשעמד וכו' עכ"ל הרי שכתב דדוקא במקדיש כל נכסיו בסתם מ"ל אם גמר בלבו בין יחיה בין ימות אבל אם אמר בהדיא פשיטא דאם עמד חוזר ובטל ההקדש ממילא וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ג סימן קכ"ב וז"ל ואפילו למי שפסק בבעיא דשכ"מ שהקדיש כל נכסיו לחומרא ואם עמד אינו חוזר דהתם הוא שהקדיש סתם ואפשר דלגמרי הקדש מעכשיו אבל כאן שתלה הקדשו דאם מתה בתו לא עיין שם:

ל"א כתב הרשב"א בתשובות חלק שלישי סי' רל"ה והובא בב"י י"ד סימן רנ"ט וז"ל שאלת מלוה מחמת מיתה שהקדיש בכלל צוואתו סך ידוע לבנין ב"ה ומתוך אורך חליו ירד מנכסיו ורצה לפחות ממתנותיו אם דין הקדש כדין הדיוט ויכול לחזור וכו' תשובה שאלה זו בעיא היא בפי' מ"ש וסלקא בתיקו וכו' עס"ב משמע דאפי' במלוה מחמת מיתה שהקדיש מקצת מ"ל אם עמד חוזר או לא אבל מהר"ם בתשו' האחרונות סי' תתקל"ח כ' וז"ל מיהו נראה כיון דלא נקנה אלא לאחר מיתה בפי' שאמרה אחר מותה תנו כו"ך לנרות כו"ך לכיס של הקדש וכו' וא"ת הא מ"ל בפ' מ"ש שכ"מ שהקדיש וכולי דקי"ל דכל תיקו דאיסורא לחומרא ואם כן הכא נמי בדין זה מספק לא ניתיב ליורשים אלא להקדש וכו' לק"מ דהתם מיירי בהקדיש כל נכסיו בלא שיור בסתם ולא פי' בהדיא לאחר מיתה והכי מ"ל מי אמרי' וכולי אבל לגבוה גמר בלבו מיד לתת בין יחיה בין ימות וכו' אבל

אבל היכא דאמר בהדיא אם ימות פשיטא' דבר מהדר הוא ואם עמד חוזר ובטל הקדש ממילא כשעמד וכולי עיין שם ונראה דה"ד כשפי' בהדיא אם ימות אבל סתם מלוה מחמת מיתה דינו כשכ"מ לענין זה דליכא כי אם אומדנא דדעתה ומ"ל בהקדים מקצת אם גמר והקדיש וכן כ' הטור סי' כ"ה בשם הרמ"ה ע"ש וז"ל הרמ"ה בפ' מ"ש סימן קכ"ט אלא אפילו במלוה מחמת מיתה היכא דזיכה וקנו מיניה ל"מ הדר ביה דהא כותב כל נכסיו במלוה מחמת מיתה דמי לכל מילי וכו' תדע דגבי מלוה מחמת מיתה איכא למיחש ביה למתנת בריא טפי משתמי' דכותב כל נכסיו דהא כותב כל נכסיו לכ"ע לא בעי קנין ואלו מלוה מחמת מיתה במקצת פליגי ביה וכו' עש"ב הרי שכ' דמלוה מחמת מיתה במקצת גרע משכ"מ דכותב כל נכסיו ואם כן כיון דבמקדיש כל נכסיו מ"ל אם גמר והקדיש כ"ש בסתם מלוה מחמת מיתה במקצת והרשב"א מיירי בהכי ומהרש"ך ח"ד סי' מ"ט תמה עליו עיין שם ולק"מ כמ"ש וראיתי למהרימ"ט ח"א סי' ס"ז וז"ל ועוד אפי' היה סתם גבי הקדש מסתבר לומר שמחיים נתן ולא נאמר לא נתן אלא לאחר מיתה תדע דגבי שכיב מרע שכ' כל נכסיו וכו' והלא הדברי' ק"ו כשיש אומדנא גדולה כשנתן כל נכסיו דחזקה דאין אדם מקדיש כל נכסיו ואעפ"כ יש סברא לומר שמא אדם זה רצה להקדיש כל נכסיו בין יחיה בין ימות כ"ש הכא דליכא אומדנא שהיא מתנה במקצת שעל הסתם נחזיק המתנה בנותנה מחיים אע"פ שלא פי' ואף על גב דהתם לא איפשטא וכולי במקצת נכסיו אין בדבר ספק כלל עיין שם מבואר דס"ל אפי' היו שאר הלוואו' לאחר מיתה מתנה דהקדש שהיא בחזקתו מחיים היא ונמשך אחריו מהר"י אלגאזי בס' נאות יעקב סימן ב' ע"ש ומתשו' הרשב"א שכתבתי מוכח (א"ה עכ"מ והדבר מבואר) :

ל"ב נסתפק ה' בית דוד סימן קכ"ו אם אמר בדבור א' חצי נכסי לראובן וחצי להקדש כיון דאמר הכל בדבור א' ל"ל לראובן דוק' לאח' מיתה ולהקדש מחיים דאין דבור א' מתחלק לשני' כמ"ש הרשב"א בתשו' הביאו מרן הב"י סי' כ"ד גבי אסמכת' וז"ל ועוד כיון שנתן המשכון ביד הנאמנים וידוע באמת שפרע באמת חלק בבנין העיר ולא יתגלגל מגד האסמכת' אם כן בדוקא התנה וא"ל דבמחצי' התנה בדוק' ובמחצי' באסמכתא דאין דבור א' מתחלק לשנים והכא נמי אין דבור א' מתחלק לשנים אלא הכל הוא לאחר מיתה או הכל הוא מחיים ויש לספק מי נדחה מפני מי ונראה דכיון דספק הוא אין מוציאין מהיורשים עיין שם ונראה דאם אמר חצי נכסי לפ' והחצי להקדש לא חשיב דבור א' שהרי הרא"ש בפרק י"ג והטור סימן רמ"ו כ' וז"ל ואם כתב כל נכסיו לבנו ולאחר האחר קנה החצי ובנו הוי אפטרופוס וכולי אפילו כתב לבנו ולאחר בבת א' חשבינן ליה כותב כל נכסיו לבנו כיון דלא שייר כלום בנכסי' אחר מתנת בנו ודוקא שכתב כל נכסיו לבנו ולפ' אבל אם כתב חצי נכסי לבני וחצי לפלוני מדהול"ל כל נכסי לבני ולפ' ולא עשה כן אלא הקדים לבנו במתנתו לבנו נמי הוי מתנה והו"ל כנותן לבנו המקצת תחלה ואחר כך השאר לאחר וכו' עכ"ל והכא נמי אם אמר חצי נכסי לפ' והחצי להקדש מדהול"ל כל נכסי לפלוני ולהקדש דהוי מחצה לזה ומחצה לזה ודאי דהוי מתנה לא' במקצ' ואם הוא שכ"מ צריך קנין וקנה מחיי' ואם הוא מלוה מחמת מיתה קנה לאחר מיתה ואם עמד חוזר וחצי להקדש מחיים אבל אם אמר כל נכסי לפלו' ולהקדש הוי דבור א' ואי לא פלגי' דבוריה אמרינן דהכל הוא לאח' מיתה דיד המקבל המתנה על התחתונה וכהאי גוונא אמרינן בפרק קמא דגיטין דף ט' עבד שהביא גטו וכתוב בו עצמך ונכסי קנוים לך עצמו קנה ונכסים לא קנה איבעיא להו כל נכסי קנוים לך מהו אמר אביי מתוך שקנה עצמו קנה נכסים הדר אמר אביי מתוך שלא קנה נכסי' לא קנה עצמו וכת' התוספות דנראה סברא לומר טפי דבתרווייהו לא קנה דיד בעל השטר על התחתונה עיין שם והכא נמי אי פלגי' דבוריה אמרי' דתרווייהו לא קנה עד לאחר מיתה דיד המקבל על התחתונה וה"ד בדבור א' אבל חצי נכסי לפ' והחצי להקדש הוי כעצמך ונכסי קנויין לך דעצמו קנה ונכסים לא קנה והכא נמי הקדש קנה ופ' לא קנה ולכאורה נר' דלרבא דאמ' התם דאפי' באומר כל נכסי קנויים לך עצמו קנה נכסים לא קנה וקיימא לן כוותיה הכא נמי אפי' אמר כל נכסי לפלוני ולהקדש פלגי' דבוריה וכהאי גוונא כת' ה' תרומת הדשן סימן שי"ח בשוכר פועל עם סוסו ונתאנה וז"ל והשתא לפ"ז לענין שאלתך אי בתר שכירות שמעון עצמו ניזיל אין כאן דין אונאה דפועל הוא אי בתר שכירות הסוס ניזיל בשכירות בהמה יש דין אונאה ונראה דל"ל הואיל דשכירות שמעון עצמו ושכירות הסוס שלו נכללים בסך א' נימא מגו דליכא אונאה גבי דהאיך ליכא נמי לגבי דהאיך וכו' דיד המוציא על התחתונה כמ"ש התוס' אהא דאביי דסבר לא פלגי' דבוריה ומגו דלא קנה נכסי' לא קנה את עצמו וכו' דקי"ל כרבא לגבי אביי בפ"ק דגיטין וכו' יעש"ב :

ל"ג אם עמד נתבטל הכל כדין נותן מתנה וכו' משמע אפי' לא חזר בפי' כיון שעמד בטל הקדש מאליו וכ"כ מהר"ם ב"ב בתשו' הארוכות סימן תתקל"ח וז"ל אבל היכא דלא אמר בהדיא אם ימות פשיטא דבר מהדר הוא ואם עמד חוזר ובטל הקדש ממילא כשעמד ובטלה המתנה ממילא וכו' עיין שם ומוהרא"ח חלק ב' סימן ל"ד כת' דנראה דאם לא חזר בפי' חיישינן מדכ' הר"ן ואף ע"ג דאמרי' אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט היינו דל"מ למהדר על מה שידענו בברור בדעתו אבל הכא מי יימר דדעתו היה להקדש אפי' אם עמד הילכך ודאי נכסים בחזקת נותן קיימי ואף ספק איסור ממילא ליכא דאיהו ידע בנפשיה וכולי אם כן דוקא הוא יכול לחזור משום דידע בנפשיה אבל אם מת אחר שעמד ובאו בניו לבטל ההקדש ולא ידעו כוונת אביהם איכא ספק איסור מעילה עיין שם ונמשך אחריו מהר"י אלגאזי בס' נאות יעקב סי' ב' עיין שם ודברי הר"ן שכ' הם דברי הנ"י בפרק מ"ש אבל הר"ן בש"מ שם והביאו מהרב"ת בתשו' סימן ע"ו דנ"א כ' וז"ל ואף על גב דלגבי הקדש א"ל דה"ל ספק דאוריי' משו' איסור מעילה כיון דממונ' בחזקתיה קאי אפשר דהרי הוא כודאי שאין איסור הקד' חל א"כ דלענין איסור מתקן ליה כשמואל דאמר הקדש שוה מנה שחללו על שוה פרוטה מחולל עכ"ל הרי דס"ל דליכא איסור מעילה או לחללו על שוה פרוטה אם כן גם בניו יכולים לחזור ומדברי הרמ"ה בפרק ג"פ סימן ק"מ מבואר דס"ל דאם עמד חוזר ואין צריך לחללו עי' שם ונראה משום דאיסור דאית ביה ממונא איסורא בתר ממונא אזיל כמ"ש הרמ"ה גבי עבד הביאו הרב פרת מטה אהרן חלק ראשון סימן כ"ט עיין שם וכה"ג כת' הרמב"ם בפרק י"ב מה' בכורים דין ט' וז"ל אין פודין בשר הדומה לאחר ואם פדה פדוי וכו' וכ' מהר"י קורקוס דהיא

דהיא בעיא דלא איפשטא ולכך כ' רבי' דאין פודין ואם פדה פדוי ול"ע דבשלמא לענין ממון ניחא אבל לענין איסור' אמאי לא אזלינן לחומרא ואפשר לומר דכיון שאיסור זה הוא תלוי בממון שהרי אם נותן לכהן וכו' והוא הנכון עיין שם הרי דס"ל להרמב"ם דאיסור בתר ממונא גריר ואף על גב דלכתחי' אסור הכא חשיב בדיעבד כיון שהוא בחזקתו אבל מהריט"א בספר קהלת יעקב דף מ"ג כתב דלדעת הפוסקים דבספיקא דדינא אם תפס מוציאין מידו כיון דליכא שום דררא דממונא למקבל לא מחמרינן לענין איסור מספק אבל למ"ד באם תפס אין מוציאין מידו כיון דאיכא דררא דממונא לענין שאם תפס זכה לענין איסור ראוי לאסור מספק כיון דלא מוקמי' הנכסי' בחזק' הבעלים לגמרי עיין שם באורך ועיין בתשו' מהר"י הלוי סימן כ"ג שהוכיח מדברי הר"ן והב"י דאפילו בממון אם יש איסו' ספקו לחומרא עיין שם וה' דברי אמת בתשו' סימן ע' וסימן י"א הוכיח כן מדברי התוספו' עיין שם וזה הפך מהר"י קורקוס שהרי הרמב"ם סבירא ליה דאם תפס אין מוציאין מידו אפ"ה ס"ל דאיסורא בתר ממונא גריר והרא"ש סבירא ליה אם תפס מוציאין מידו וחולק על הרמב"ם גבי ספק בכור וא"כ הכא נמי למאן דאמר דאפילו תפסו עניים מוציאין מידם ליכא איסור מעילה דכיון דמוקמינן הנכסים בחזקת הבעלים לגמרי דאפילו תפס ההקדש מוציאין ממנו איסור מעילה בתר ממונא אזיל אבל לדעת החולקים דאם תפסו אין מוציאין מידם חיישינן לספק מעילה וצריך לחללו על שו"פ מיהו לכ"ע גם בניו יכולים לחזור מה"ט וכבר כתבתי דברי מהר"ם והרמ"ה דס"ל דבעל הקדש מאליו ועיין בס' הלכות יום טוב דכ"ג וכ"ד וסו"ר לה' דברי אמת בתשו' סימן ע' וסימן י"א דף מ"א ומ"ב שהאריך בפרט זה עיין שם :

והרשב"ש בתשו' סימן רפ"ו בלוואה על ס"ת דלא כתב בה ואתברר לנא דאתפטר מגו מרעיה כתב וז"ל ות"ש שזה הקדש הוא וכו' ואבעיא לן בפרק מ"ש הקדיש כל נכסיו מהו וכו' ופסק הרא"ש כיון דלא אפשיטא אין מבטלין ההקדש וכו' ואע"פ שהרמב"ם וכולי יש להכריע כדברי הרא"ש דכיון דאמירתו לגבוה כמסירה להדיוט כדאיתא בפרק קמא דקידושין נכסים בחזקת הקדש ולא בחזקת היורשים וכל שהנכסי' בחזקת הלקוחות על היורשים להביא ראיה וכו' עי' שם משמע דס"ל דלדעת הרמב"ם אפי' מת אחר שעמד בטל הקדש לגבי בניו ומה שהכריע כדברי הרא"ש כיון דאמירתו לגבוה כמסירה להדיוט נכסים בחזקת ההקדש ועל היורשי' להביא ראייה נראה דה"ד משום שההקדש חל בודאי מחיים אלא שאנו מסופקים לכשיעמוד אם חוזר בו אם לאו ואם כן הנכסים בחזקת ההקדש אבל כשהספק בהקדש אם חל או לא מוקמי' הנכסי' בחזקת היורשים ולא זכה ההקדש כמו שכתי' הרשב"א סימן תרכ"ו עיין שם וכן פסק מהר"י ן' מיגש דאינו יכול לחזור מה"ט דכבר חל ההקדש וקי"ל דבספק ממונא קולא לנתבע ואין מוציאין מיד ההקדש עי' שם אבל אם כשהספק אם חל ההקדש מודה הרשב"ש דלא זכה ההקדש מספק דנכסים בחזקת היורשים כמ"ש הרב סימן ק"ן עיין שם מיהו בסימן תרכ"א פסק ה' כהרמב"ם והרשב"א דהכא נמי יכול לחזור וא"כ אפילו מת אחר שעמד בטל הקדש ממילא לגבי בניו כמ"ש :

יש להסתפק אם צריך פדייה כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון כמו במקדיש נכסיו והיה עליו כתובת אשה וב"ח ופסקו הרמב"ם בפ"ו מה' ערכין וכן כתב בעל התרומות שער מ"ג חלק שני עיין שם ונראה דא"ל פדייה שהרי כ' הרמב"ם בספ"ד דמעילה דאם אמר הרי הנטיעות אלו קרבן עד שיקצצו כיון שנקצצו א"צ פדיון ונהנים בהם מיד וגם הראב"ד בהשגות פט"ו מה' מעה"ק שכתב דספק איסור ולחומרא ע"ש נראה דה"ד משום דחל ההקדש בודאי עד שעת קצירה ולא פקע בכדי אבל הכא ההקדש תלוי ועומד עד שימות והספק בעיקר ההקדש אם חל או לא וקי"ל אם עמד חוזר וכן יכול לחזור בעודו שכ"מ דכל שעמד חוזר חוזר הוא במתנתו ואם כן לא יצא מרשות הנותן כמ"ש מהר"ם בתשובות הארוכות סימן ל"ד וז"ל ול"ל כל נכסיה דקאמר' היינו שהם שלה עדיין ולא מה שנתנה לראובן כבר וכולי זה אינו חדא וכולי ועוד אפילו מה שנתנה לראובן נכסיה מקרו כל זמן שהיא בחיים דכיון דמתנת שכ"מ לא קני אלא לאחר מיתה אם כן נכסיה מיקרו ולא נפקי מרשותה כלל עד שעת מיתה והובא בתשובות המיי' דשייכי לס' קנין סימן י"ב עיין שם :

ובמתנה ע"מ להחזיר והקדשו המקבל כ' הב"י בשם הראב"ד דפודהו והחזירו מה"ט שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון וכתב ה' בני אהרן סימן רמ"א דשאר פוסקים לא ס"ל הכי דהתם במקדיש נכסיו והיה עליו כתובת אשה וב"ח הנכסים הם שלו אלא שהם משועבדים אבל הכא דאין הממון שלו (א"ה עכ"מ) :

ל"ד נסתפק ה' בית דוד סימן קכ"ו באומר חצי נכסי לראובן וחצי להקדש דכיון דאמר הכל בדבור א' ל"ל דלראובן דוקא לאחר מיתה ולהקדש מחיי' דאין דבור א' מתחלק לשנים כמ"ש הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סימן כ"ד וז"ל ראובן ושמעון היו מתעצמים בדין וכו' ועוד דכיון שנתן משכון ביד האומנים וידוע באמת שיפרע חלק בבנין העיר ולא יתגלגל מגד האסמכתא אם כן בדוקא התנה וא"ל שבמחלית התנה בדוקא ובמחלית באסמכתא דאין דבור א' מתחלק לשנים עיין שם והכא נמי בכ"ד אין דבור א' מתחלק לשנים וע"כ שהכל הוא לאחר מיתה או הכל הוא מחיים ויש לספק מי נדחה מפני מי ונראה דכיון דספק הוא אין מוציאין מהיורשים עיין שם ואיברא דהרשב"א במיוחסות גם כן והביאו מרן הב"י סימן רי"ב ופסקו מור"ם שם דאם שייר לעצמו דירה וגם לאיש אחר אמרי' כמו ששייר לעצמו בעין יפה כן שייר לחבירו דודאי על ענין א' נתכוון עיין שם והכא נמי נימא כיון דלגבי הקדש בעין יפה נתן מחיים ה"ה להדיוט דודאי על ענין א' נתכוון ומהר"ם מפדווא סי' ן' בא' שהקנה להקדש ולהדיוט ביחד בל' אסמכתא כ' דהוי כקני את וחמור דכיון דהדיוט לא קנה גם להקדש לא קנה מיהו התם קי"ל כר"כ דקנה מחלה וה' בני יעקב דפ"ז הק' מתשו' הרשב"א דכמו דגבי האומנים לא הוי אסמכתא גם לחבירו לא כיון דבדבור א' נאמרו ותי' דהתם ליכא אסמכתא כלל שהרי נתן משכון ואם לא הקנה בלב שלם לא היה נותן משכון אבל בכ"ד אסמכתא הוי דבל' כל דאי הקנה אלא דבהקדש אפילו אסמכתא קונה ואם כן אם הקנה להקדש ולהדיוט יחד אמרינן דבהקדש דמהני אסמכתא קנה ובהדיוט דלא מהני אסמכתא לא קנה עיין שם וליתא דבהקדש נמי אסמכתא לא קניא אלא משום דגמר ומקני כמו בשכ"מ דלא שייך אסמכתא מה"ט וכבר כתבתי בסי' רי"ב דברי הרמ"ה בפ' מ"ש סימן ג' וז"ל הא מתני' לא מתוקמא אלא בשכ"מ דמחלק כל נכסיו א"כ במלוה מחמת מיתה דמקנה באמירה בעלמא ומהני בהו האי לישנא דאם ילדה יטול אבל בבריא אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא וכו'

וכ"ת

וכ"ת מ"ש שכיב מרע מבריא וכו' דהא אסמכתא נמי כי לא קני בבריא ה"מ היכא דלא מטי ממונא לידא דמקבל מתנה בתורת מתנה אע"ג דאקני ליה בל' אסמכת' נמי קני וה"ה גבי שכיב מרע וכולי דהא דברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמו וכמאן דמטא לידיה דמי ועוד דמ"ט אמור רבנן אסמכתא לא קניא דסמכא דעתיה דלא מקיים תנאו ולא גמר ומקני הכא גבי שכיב מרע כיון דמלוה מחמת מיתה מגמר גמר ומקני דאין אדם משטה בשעת מיתה עכ"ל הרי דסבירא ליה דבשכ"מ ליכא אסמכתא משום דכמסורים דמו או משום דאין אדם משטה בשעת מיתה וה"נ בהקדש ליכא אסמכתא מה"ט דדבריו כמסורי' וכמאן דמטא ממונא לידיה דמקבל דמי וגם אין אדם משטה להקדש וגמר ומקני כמ"ש הרדב"ז ח"א סימן קע"ג ע"ש ואם כן כשהקנה להקדש ולהדיוט ביחד אמאי לא אמרינן כמו דלגבי הקדש גמר והקנה ה"נ לגבי הדיוט כדאמרינן גבי אומנים וכן גבי שיור דירה דאמרי' כמו ששייר לעצמו בעין יפה כי שייר לחבירו ומה"ט לא אמרינן להפך כמו דהדיוט לא קנה הכא נמי ההקדש כמו בקני את וחמור דהא לגבי הקדש ודאי גמר ומקני דאין אדם משטה לגבי הקדש וגבי הדיוט נמי שייך גמר ומקני משא"כ גבי קני את וחמור אבל רמ"א בתשו' סי' מ"ז הביא מדברי הריב"ש (א"ה עכ"מ והשאר קרוע ואח"ך מלאתי ומכל מקום נראה וכו') ומ"מ נראה דכ"ד שאמר חצי נכסי להקדש והחצי לפ' ל"ד להנך שהרי כ' מהרי"ל בתשו' הביאו מרן הב"י סי' רנ"ג וז"ל אע"ג דמפרשי' לה לגבי בן בל' ירושה נלע"ד דפלגי' דבוריה ומפרשי' לה לגבי ברתא בל' מתנה וכו' כי היכי דאמרינן בנו ואשתו ואחר בנו ואשתו משום אפטרופוס ואחר משום מתנה הכא נמי הכא עיין שם אלמא אפי' אמר בדבור א' פלגי' דבוריה ואמרינן דלאשתו ובנו הוי אפטרופוס ולאחר מתנה גמורה וכן לבנו הוי ירושה ולאחר מתנה והכא נמי אף על גב דאמר בדבור א' חצי נכסי לפ' והחצי להקדש מפרשי' חצי לפ' מתנה לאחר מיתה וחצי להקדש מחיים כל א' כדינו :

ל"ה ואם המעות בעלמא קיימים אם עמד חוזר וכו' כן כ' רבי' האי בספר המקח שער ט"ז והרמב"ם בפר' ט' מהלכות זכייה דין כ"א עי"ש והמ"מ כת' ומהר"י ן' מיגש פירש כאן בהפך דכשהן בעין אינו יכול לחזור דהוו להו הנך זוזי שיור וכו' עיין שם וכן פי' הרמ"ה בפר' מ"ש סי' וכן מצאתי לתוס' רי"ד לקידושין דס"ז (א"ה עכ"מ והשאר קרוע ואחר כך מצאתי עיי"ש וא"כ) ואם כן ודאי המוחזק יכול לומר קי"ל כוותיהו :

ל"ו דין ד' דינו כמתנת בריא וכו' שאינה נקני' אלא בקנין כן לשון הטור וכ' ה' כנה"ג א"ל דהוה ליה למימר דינה כמתנת בריא ותו לא ל"ל ואינה נקנית אלא בקנין וכ"ל דסבי"ל דאין דינה כמתנת בריא אלא לענין שצריך קנין ואינו יכול לחזור אבל לענין כתיב' ומסירה או מעמד שלשתן דינה כמתנת שכיב מרע עיין שם ובזה ניחא מה שפ' מרן בש"ם רמ"ח הנותן לחבירו כל נכסיו מטלטלין אג"מ ולא שייר ליורשיו אלא חמשה זהובים היו בביתו שטר חוב אם מתנת שכיב מרע היא' קנה דשטרות בכלל נכסים הם ותמה ה' ש"ך שם דכיון דשייר ליורשים חמשה זהובים הוי מתנת שכי"מ במקצת ובעינן כסף ומסירה וכן כ' מרן הב"י סימן ס"ו מחוד' מ"ג תשו' הרשב"א וז"ל הקנאת שטר איתא במתנת שכי' מרע באמירה בעלמא והוא דהויא בכולהו נכסי עי' שם די"ל דסבירא ליה דלענין כסף ומסירה דינה כמתנ' שכי' מרע דדוקא לענין דאין נקנית אלא בקנין הוי כמתנת בריא כמו שכ' הרב כנסת הגדולה אבל הא ליתא שהרי כ' הטור בסימן זה שכ"ב על דברי הרמב"ם ול"נ דמתנת שכיב מרע במקצת דינה כמתנת בריא לכל דבר וכולי ובסי' רנ"ג סל"ד כ' וז"ל והרמ"ה כ' דוקא מלוה מחמת מיתה וכולי אבל היכא דלא אקני אלא חד מנה בסתם לא קני באמירה דהוי מתנת שכיב מרע במקצת ובעינן קנין כמו מתנת בריא והכא כיון דמנה אקני ליה אפילו בקנין לא קנה דמטבע אינו נקנה בחליפין עד דאקני לי' אג"ק אי נמי דמסר ממונא ליד שליח מחיים וכת' מרן הב"י שם דדברים נכונים הם בטעמם ע"ש הרי דסב"ל דמתנת שכיב מרע במקצת דינה כמתנת בריא דאין מטבע נקנה בחליפין וכן פס' מרן שם דין י"ח עיין שם וה"ה שטרות אין נקנים אלא בכסף ומסירה ולומ' קני לך וכו' ומלוה על פה צריך מעמד שלשתן וזה לשון הרמ"ה בפ' מ"ש סימן קי"ז והאי מעשה דאימיה דרב עמרם לוואה מחמת מיתה היתה היא אי נמי במסרן דסתמיה נמי מלוה מחמת מיתה הוא דיקא נמי דקאמרת כי קא שכב' דמשמ' בשעת מיתה אבל מתנת שכיב מרע במקצת היכא דלא מוכחא מילתא דמלוה מחמת מיתה הוא כמתנת בריא דמיא לכל מילי ואי מקני שטרא לא מלי מקני ליה אלא בכתיבה ומסירה והוא דכתב ליה קני לך הוא וכל שעבודי' וכולי עכ"ל ומ"ש הטור ומרן דינה כמתנת בריא ואינה נקנית אלא בקנין נראה דמשום דבגמרא דף קנ"א ע"ב אמרוה רבנן קמי דרבא משמיה דר"נ הרי היא כמתנת בריא שאם עמד אינו חוזר והרי כמתנת שכיב מרע דלא בעי קנין א"ל רבא הכי אמר ר"נ הרי היא כמתנ' ברי' ובעי' קנין עיין שם לכך הוצרכו לפרש דאין נקנית אלא בקנין דלא נימא דאינה כמתנת בריא אלא לענין דאינו יכול לחזור בו כמ"ד הכי. מיהו מרן בסימן רנ"ג ס"ך כתב וז"ל שכיב מרע שאמר הלואתי לפלו' וכו' וכן אם אמר שטר חוב שיש לי על פ' תנו לפלוני זכה במה שיש בו כאלו כתב ומסר אף על פי שלא מסך השטר וכו' והא דאמרינן שזכה בחוב כשלא שייר כלום שאם לא כן הוי מתנת שכיב מרע במקצת לא קניא אלא אם כן הקנו ליה בקנין ובמייפה כחו וכו' משמע המתנה במקצ' בקנין במייפה כחו אין צריך כסף ומסירה וכן הכריח הכנה"ג סימן רנ"ג הגב"י אות פ"ט מדברי רשב"ם דקנ"א שכת' גבי אימיה דרב עמרם כגון שקנו מידה וכו' משמע דהוי מתנה במקצת וקנו מידה ואפילו הכי אמרינן התם והא לא משך דברי שכי"מ ככתובים וכמסורים דמו ומהרש"א שם והר' בני יעקב דף כ"ז ע"ב נדחקו עיי"ש ולא זכרו מה שכתב רשב"ם דקמ"ז וז"ל ומודה שמואל שאם נתנו המלוה לאיש אחר במתנת שכיב מרע וכגון שחילק כל נכסיו אי נמי על ידי קנין כדין כל מתנת שכיב מרע במקצת וכו' דאינו יכול למחול דדברי שכי' מרע ככתובים וכמסורים דמו ואלימא ממתנת בריא ואין היורש יכול למחול עכ"ל הרי דס"ל דגם במתנה במקצת על ידי קנין אמרי' דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו ואינה כמתנת בריא ושוב ראיתי למהר"ס גאלנטי בתשו' בס' דרכי נעם סימן כ"ז שהוכיח מדברי מרן דמתנה במקצת בקנין בלא יפוי כח לא קנה החוב אלא במעמד שלשתן או השטר בכתיבה ומסירה כדין הבריא אבל במייפה כחו נותני' לו עדיפות דשכיב מרע דקונה בלא מעמד ג' ובלא כתיבה ומסירה ואם עמד חוזר ככל מתנת שכיב מרע והביא ראייה מדברי רשב"ם והריטב"א בחי' עש"ב :

ל"ז הג"ה ולאו דוקא קנין אלא הוא הדין משיכה וכולי

וכו' ראיתי למהר"י וויל שכתב בספרו סימן י"ט באלמנה שמחלה כתובתה לבעלה כשהיה שכיב מרע ואח"כ חזרה וז"ל וגם נ"ל כיון דהיה שכיב מרע לא היה דעתה למחו' אלא שאם ימות והרי היא חזרה בהמחילה קודם שמת וא"ל אומדן דעתיה כמו מתנת שכיב מרע כיון דלא הוי אלא לאחר מיתה מלי הדר במתנתו ליכא למימר הכי דשאני התם שהנכסים עדיין לא נפקו מרשותו דהא לא קנו אלא לאחר מיתה ומשום הכי מלי למהדר ביה אבל הכא כיון דמחלה מעכשיו מחלה וכולי עיין שם לכאורה נראה דסביר"ל דשכיב מרע שמחל חוב לא' אפילו עמד אינו יכול לחזור דמחילה מעכשיו ומהרשד"ס בתשו' חא"ה סימן קע"ט כ' על מהריב"ל דסבירא ליה דשכ"מ שמחל כיון שהיא לאחר מיתה יכול לחזור וחלק עליו בנדון דידן דודאי מחילה מחייס הוא ועוד שפייר מקלת לעלמו והוי כמתנה שלריכה קנין וזו אינה לריכה קנין כיון שהכל בידו ואפילו בבריא גמור עיין שם באורך מבואר דסבירא לי' דמחילה במקלת דינה כמחילה דבריא דאינה לריכה קנין ואינו יכול לחזור אבל מחילה בלא שיור הוי כמתנה בכל נכסיו דחוזר וכ"כ מהר"ס מפדווא ס"ם כ"ו דאם המקבל חייב לו זכה מלד מחילה ואף מלד נתינה דעדיף ממעמ' שלשתן עיין שם וכן כתב הסמ"ע בסימן זה סק"ה וז"ל נראה דהוא הדין היה לו חוב א' ומחל לו חובו בכלל מתנתו בכולה אף על גב דמחילה אינה לריכה קנין מכל מקום אם עמד חוזר וכולי עיין שם משמע דדוקא אם המחילה בכלל מתנתו בכל נכסיו חוזר אבל אם שייר אינו יכול לחזור במחילה כדברי מהרשד"ס וזה לשון מהר"ס בתשו' הקלרות סי' ק"פ אבלהיכא דאיכא משיכה שמשכה המטל' אמור רבנן שכיב מרע במקלת בעי קנין חליפין והוא הדין בכל מיני קנין מהני משיכה מסירה הגבהה ואם הוא קרקע שטר וחזקה ודוקא אם לא לוה מחמת מיתה אבל אם לוותה מחמת מיתה כגון דאמרה ווי דקא מייתה היא איתתא או אמרה אם תמות היא תטול כך וכך אפילו אם תפסה לאה תפיסתה לאו כלום דקיימא לן דמלווה מחמת מיתה בין בכל נכסיו בין במקלת נכסיו בין בקנין בין בלא קנין אם מת מתנתו מתנה ואם עמד חוזר פי' בטלה המתנה וכו' וכיון דאם עמד בטילה היא היכא דלא עמד נמי וחזר בו קי"ל בהדיא כל שאלו עמד חוזר חוזר במתנתו ואפילו בחליו וכו' עכ"ל מבואר דסבי"ל דמלווה מחמת מיתה אפילו משך והחזיק אם עמד חוזר והוא הדין במתנת שכי"מ בכל נכסיו אם עמד חוזר ודוקא במתנה במקלת דקונה בקנין סודר והוא הדין בכל קנין ואם כן ה"ה מחילה במלווה מחמת מיתה או בשכיב מרע בכל נכסיו דאם עמד חוזר ועיין בהסמ"ע סקט"ו והש"ך סק"א וה' משפט לדק ח"א סימן כ"ו בשכיב מרע שנתן מתנה בפני אשתו ושתקה ואחר כך ערערה כ' וז"ל וא"ל דאח' שמה שנתן וכולי לא זכו עד לאחר מותו שמזה הטעם שמוליאין למזון האשה והבנות וכולי ואם כן כל שחזרה האשה קודם מותו מאחר שעדיין לא זכה המקבל עד מותו מהניא חזרתה הא לאו מילתא היא מאחר ששמעה ושתקה בשעה שלוה שוב לא תוכל לחזור בה שהרי אמר שמואל במחלק לפניה והיא שותקת דמשמע דכל ששתקה בשעה שהיה מחלק מחלה תכף וכולי עש"ב :

ראיתי בתשו' מהר"ס הארוכות סימן תקל"ט שכתב וז"ל אלא לוה שתם יתנן מן נכסי כך וכך לפלוני אף על פי שהנכסים היו למקבל בבית לא זכה בהם מקבל המתנה דהיכא אמרי' דברי שכי"מ ככתובים וכמסורים דמי היכא דא"ל לשלוחו הולך כך וכך לפלוני כי כבר זכה בהם השליח אי נמי היכא דאפקיד באנפי תרי סהדי ואגור כך וכך לפל' מנכסי דכיון דאיכא תרי סהדי אמרי' ככתובים וכמסורים דמו וכולי עיין שם וזה חידוש גדול לא מלאתי בפוסקים :

ל"ח וכמה הוי השיור אפי' כל שהוא וכו' זה דעת הרי"ף והרמב"ם וכן כ' רב האי בתשו' הגאונים שער ג' מא"ד סימן י"ג וז"ל הכי איתחזי לן מילתא שכ"מ שכתב כל נכסיו לאחרים שייר קרקע כל שהוא מתנתו קיימ' הוי כל שהוא ממש ולא לריך שיעורא ול"ש שייר מקרקעי ול"ש מטלטלין כל שהוא הוי שיור ומתנתו מתנה ואותו האיש שמת ולוה שיתנו ממונו לעניי העיר ולוה ליורשיו ד' ד' כספים לכל א' וא' מה שעשה עשוי וכולי עכ"ל הרי דס"ל דכל שהוא הוי שיור ואפילו לא שייר ליורשיו ועיין בה' כנסת הגדול' אות ט"ל :

ט"ל כתב מהרימ"ט ח"א סימן ס"ה דאם הנכסים היו בבית המקבל אף ע"ג דליכא קנין קנה לו רשותו ואפילו היה שאול לנותן לצורך החפלים מסתבר דכל שנטל החפלים לא נשאר המקום קנוי לו לעול' ואם כן עכשיו שנתנם במתנה לנפקד נמלא שהמטל' והמקום באו לו כאחד והביאו הרב כנסת הגדולה בסימן רמ"א אות ט' עיין שם ומ"ש דקנה לו רשותו אף ע"ג דליכא קנין כן כתב מהר"ס ב"ב בתשו' הארוכות סימן ל"ד והובא בתשובו' השייכי לס' קנין סימן י"ב וז"ל אם היה החפץ כבר ביד ראובן וא"ל קנה מה שבידך כיון דלא לוותה מחמת מיתה קנה כמו מתנת שכיב מרע בקנין הכא נמי הכא קנה כיון דברשותו היה עיין שם וכן כ' בקלרות סימן ק"פ עיין שם וכן כתב מהר"ס ריקאנטי סימן תרכ"א והביאו הרב כנסת הגדולה אות ע"ג ע"ש וכן כתב בהדיא הרמב"ם ומר"ן בסימן רמ"א דין ב' או נתן לו הפקדון שהיה מופקד אללו הרי זו מתנה הנקנית באמירה בדברים בלבד עיין שם והתימא על מהרשד"ס סימן שכ"א שכ' דין זה בל' אפשר עיין שם ועיין בתשו' מהרשד"ס חא"ה סימן ק"ד :

מ' דין ח' המפרש בים והיולא בשיירא וכולי ראובן שעשה לוואה וחלק נכסיו ולא עבר חלי שעה עד שמת ומת מיתה חטופה כתב בתשובו' בשמים ראש סימן רכ"ה דהוי מתנת בריא ולא אמרי' כיון שמת אימור הרגיש בנפשו שום חולי וכו' עיין שם ונראה דאם הרג עלמו דינו כשכיב מרע כדקיימא לן בא"ה"ע סימן קמ"א סי"ז בריא שאמר כתבו גט לאשתי והרג עלמו מיד כגון שהשליך עלמו מן הגג או הפיל עלמו לים הרי זה גט כשר וה"נ מתנתו מתנה אבל אם עלה לגג ודחפתו הרוח ומת אינו גט ולא מתנה :

מ"א המפרש בים וכו' מהרש"ל פ"ז דגיטין סי' י"ב חלק על מרן והכריע כדעת הפוסקים דדוקא יולא בקולר הוי כמלווה מחמת מיתה ולא הנך וכן נראה דעת התוספות ע"ש :

מ"ב דין ט' או שנתן הכל מעכשיו וכו' שאלה שטר לוואה אנו עדים חותמים מטה נכנסנו אצל מרת דיאמנטה מרת משה גויטע ומלאנו אותה מוטל' על ערש דוי משיב' על הן הן על לאו לאו ודעת' מיושב' עליה כשאר הבריאים המהלכים בשוק על רגליהם ואמר' לנו הוו עדי לוואתי שאני מלווה בפניכם מחמת מיתה וכך אמרה לנו החלר שיש לי וכולי נתתי אותה במתנה גמורה גלויה ומפורסמת לכל האחים ה"ר מסעוד וה"ר כ'ליפ'ה בני ונתתי החלר להאחים הנז' שעה אחת קודם מיתתי ואגבה נתתי להם כל המטלטלין שיש לי תחת כיפת המרוס

המרוס הן כסף הן זהב הן בגדים הן כלים כל מידי דמתקרי נכסי במתנה גמורה גלויה ומפורסמת לכל חוץ מסך ששת אלפים גרוש ממטבע טראבלו'ס שיירתי אותם להיקר ה"ר שבתי בני ליטול אותם מנכסי לקיי' בהם מלות ירושה וה"ר מסעוד וה"ר כ'ליפ'א יעשו לי צרכי קבורה ופקידו' ומרת סעדונה אשת ה"ר אהרן זגדון תהיה אפטרופו' על כל צרכי קבורה ופקידות ומרת יאקותה בתי תטול מנכסי זדאיין וקופ'ייתין וקמזתין ואין לה"ר מסעוד ולה"ר כ'ליפ'ה הנז' רשות למכור החצר הנזכ' ולא למשכנה כל זמן שבחיי' חייתם ואם עברו ומכרו אותה אז תהיה לארץ ישראל תוב"ב כל זה צותה לפנינו מרת דיאמנטה הנזכ' מחמת מיתה וכך א"ל שטר מתנה זו כתבוה בשוקא וכו' ומתוך שנתברר לנו שמאותו חולי מתה וכו' וקנינו מידה בקנ"ס בדל"ב עכמ"ד והכל שריר וקיים ע"כ נוסח שטר צוואה ועדים חותמים בו מקויימים :

תשובה כ' הטור סכ"ע בשם הראב"ד דמצוה מחמ' מיתה נמי כיון דאין צריך קנין הקנין בלא יפוי כח מגרע כחו ומהר"ם מפדוואה סי' כ"ו לדד דהטור והמרדכי חולקי' עליו אבל אין לסמוך לדחות דברי הראב"ד הנז' בפי' עיין שם וכ' הרב כנסת הגדולה בתשו' סימן קפ"ו ד' רכ"ג ע"ג שכן נראה מדברי מרן בספר הקצר שכתב סברת הראב"ד בשם יש מי שאומר עיי"ש ונעלם מהם דגם הנ"י בפ' מ"ש סבירא ליה בהדיא דאין חילו' בין מתנת שכ"מ למצוה מחמת מיתה דלא קנה בשטם קנין וכן כת' בעל העיטור דף ל"ח ע"ב וכ"ל והוא הדין במצוה מחמת מיתה בין בכולה ובין במקצתה דלא בעי קנין והוה בה קנין וכו' ונקטי' דמתנת שכ"מ או מצוה מחמת מיתה בין בכולה בין במקצתה וקנו מידו ומת לא קנה ואם עמד חוזר בכולן ואם מייפה את כחו ומת קנ' חוץ ממתנת שכיב מרע במקצת וקנו מידו וכן הילכתא עכ"ל וכן כתב הרמ"ה בפ' י"כ סי' יו"ד דכל שכן מצוה מחמת מיתה עיין שם וכן כתב בפרק מ"ש סימן קכ"ד וקכ"ה וכן כ' הרמב"ן בחי' שם וכן הריב"ש סימן קס"ז במצוה מחמת מיתה כת' בס"ד וז"ל ועדיין צ"ע בצוואה זו מפני שכתב בה קנין וקיימא לן כשמואל דאמר שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה וכו' עיין שם ואם כן הוא אפילו הטור והמרדכי חולקי' בפי' נקטינן כהראב"ד ובעל העיטור והרמ"ה והנ"י והריב"ש להעמיד ממונא בחזקת היורשים ועוד דמדברי הרמב"ס בפ' ח' מהלכות זכייה דין י"ז והמ"מ שם והביאו הטור עצמו סי"ד ופסקו מרן דין ט' מוכח בהדיא כן ועי' שם בהסמ"ע ס"ק כ"ג וכן כת' הרשב"ש סימן מ' עיין שם ושוב ראיתי בס' בית שלמה סימן מ"ג שהוכיח כן מדברי הרמב"ס והריב"ש עיין שם ומה שכת' מרן בשם יש מי שאומר וכו' לא משום דאיכא פלוגתא אלא שכן דרכו בכל מקום בדין שלא נזכר בפוסקים בהדיא וכי האי גוונא כ' הסמ"ע סי' ל"ה סק"י והרב כנסת הגדולה שם ובכמה מקומות עיין שם והש"ך בסי' קכ"ו סקפ"ב ע"ש ונרא' שגם מרן לא ראה דברי בעל העיטור והנ"י והריב"ש שלא הזכירם בב"י :

ומהרש"ך חלק א' סי' ק"ח נסתפק במצוה מחמת מיתה ואמר מעכשיו אי דייני' לה כמתנ' שכיב מרע ובשטם קנין שלא לייפות כחו לא קנה או דייני' לה כמתנת בריא דקנה בשטם קנין עיין שם הרי דסבירא ליה דאם לא אמר מעכשיו פשיטא דדינו כמתנ' שכיב מרע דלא קנה בשטם קנין מיהו מבואר שם דלדעת מהריב"ל דפשיטא ליה במצוה מחמת מיתה ואמר מעכשיו דלא קנה בלא קנין דהוי מתנת בריא הכא נמי בשטם קנין אפילו בלא יפוי כח קנה אבל הרב חלק עליו וכת' דאין זה דבר פשוט דהוי מתנת בריא ע"ש ודלא כדמשמ' מדברי הרב כנסת הגדולה סי' זה אות ע"א דגם לדעת מהריב"ל נסתפק עיין שם ואם כן לא שבקינן פשיטות מהריב"ל מקמי ספיקו של מהרש"ך וכל שכן שכן נוטה דעת מהרש"ך שם ובת"ב סי' ז' וכבר מהרח"ש חלק ב' סי' ג' וסי' י"א דחה דברי מהרש"ך והסכים שם דקנה בשטם קנין ואפילו כתוב בסוף שלוה מחמת ניתה לא אמרי' הלך אחר התחתון אלא קנה הגוף מהיום והפירו' לאח"מ וכן דעת מהרשד"ס ומהרי"א ומהרש"ח ומהרש"ך עצמו בסימן קמ"ו וגמשך אחריו הרב דברי אמת בקונ' ב' דף ע' ע"ד עיין שם ועיין בהרב כנסת הגדולה סי' רכ"א אות ו' אבל הנ"י גבי כל שעמד חוזר וכו' כ' בשם הריטב"א דאפי' שכ"מ שנתן כל נכסיו מעכשיו הוי כאומר מעכשיו אם מתי ואם עמד חוזר אבל בלא"ה אינו יכול לחזו' ע"ש וכן כ' הרב תורת חסד סי' רל"א אם אמר מהיום או מעכשיו לבד אם עמד חוזר מיהו ל' מהר"י ן' מיגש הביאו המ"מ שכת' לטול' מתנת שכיב מרע היא עד דאמר מהיום נראה דאם אמר מהיום כתם ולא פי' שום דבר הוי מתנת בריא ואין נראה כן מדברי הרמב"ס אלא דוקא באומר בהדיא שאינו נותן במתנת שכיב מרע עיין שם באורך ובאמת דמהר"י ן' מיגש בתשובו' סימן ל"ו בצוואה שכ' בה וצוותה מתנת מיתה וא"ל הוו יודעי' שיש לי בת פנויה ואני מתיירא מזה החולי שמא נמות קודם שתנשא בתי ונתנה לה מתנה מהיום ולאחר מיתה בקנין כ' וז"ל האי מתנתא לאו מתנת שכ"מ כדס"ד אלא מתנת בריא דהא כתוב בה מהיום ולאחר פטירתי ומתנ' שכיב מרע לא הויא אלא היכא דלא זכי בה המקבל לא בגופה ולא בפירות אלא לאחר מיתת הנותן אבל היכא דכתיב בה מהיום ולאחר פטירתי וכו' כיון דגופה קני לי' מהיום ופירא לחוד הוא דלא אקני ליה אלא לאחר מית' מתנת בריא הויא ולא מתנת שכיב מרע וכו' עי"ש הרי דסבירא ליה דאפילו מצוה מחמת מיתה אם אמר מהיום ולאחר מיתה קנה הגוף מהיום והפירות לאחר מית' בשט' קנין בלא יפוי כח ואם כן נראה דעת הרמב"ס כרבו וכן כתב הרשב"ש סימן שמ"ע דאם אמר מעכשיו וקנו מידו לכ"ע קנה אפילו בלא יפוי כח ע"ש :

אבל מצאתי להרמ"ה בפרק מ"ש סימן קל"א שכתב וז"ל דאי אמר מעכשיו א"כ מהיום מודה רב אף על גב דכתב במות נמי מתנת בריא וכו' אלא דגבי מצוה מחמת מיתה איכא לפלוגי דהי לא פריש בהדיא בעיקר מתנתיה דמחמת מיתה קא יהיב אלא דמחמת דשמעינן ליה דקאמר מילי דמוכחי עילויה דמליה מחמת מיתה הוא כגון ההיא דהוה אמרה ווי ליה דקא מייתא ההיא איתתא א"כ במסוכן דסתמיה מצוה מחמת מיתה הוא כל כה"ג היכא דכתב בה מעכשיו וקנו מניה בחד מאנפי ההקנאות דקנו בבריא קני מיד לגמרי ואפי' עמד אינו חוזר וכו' אבל היכא דפריש בעיקר מתנתיה דמצוה מחמת מיתה הוא אף על גב דאמר מעכשיו וקנו מיניה הו"ל כמעכשיו אם מתי מחולי זה דקני מעכשיו על מנת שימות מחולי זה לפי' אם מת מחולי זה אף ע"ג דהדר ביה בנתים קנה דהא אתקיים תנאיה וכולי אבל היכא דלא פריש מחמת מיתה אף על גב דמוכחא מילתא דמחמת מיתה קא יהיב אפילו עמד אינו חוזר דלא שבקי' הקנאה מפורשת דאקני בהדיא מעכשיו וסמכי' אאומדן דדעתא בעלמא וכו' עכ"ל וכ"כ בסימן קל"ב ומבואר שם דאין חי' בין אמר

מהיום

מהיום ולעולם דקנה גוף ופירות מהיום בין מהיום ולאחר מיתה דקנה הגוף מהיום ופירות לאחר מיתה דמתנ' שכיב מרע אפי' היה מסוכן או דמוכחא מילתא דמלוה מחמת מיתה הוא דצריך קנין ואם עמד אינו חוזר אבל אם פי' שמלוה מחמת מיתה ואמר מהיום הו"ל כמהיום אם מתי מחולי זה דאם מת קנה ואם עמד חוזר עי' שם והנ"י גבי כל שעמד חוזר וכולי ס"ל בשם הריטב"א דאפילו שכיב מרע שנתן כל נכסיו מעכשיו הו"ל כמעכשיו אם מתי ואם עמד חוזר עיין שם וכן כתב הריטב"א בחי' לגיטין דף ע' גבי שכיב מרע שכתב כל נכסיו לעבדו ועמד חוזר בנכסים וכו' ומיירי שכותב כל נכסיו במתנ' בקנין ומעכשיו ואפ"ה אם עמד חוזר דאומדן דעת הוא דהאי לא יהיב כל נכסיו ע"ד שאם יקום שימות ברעב והרי הוא כאלו התנה בפי' כן עיין שם וכן כת' התוס' שם לחד תי' ע"ש וכן מצאתי להר' יונה בש"מ לבתרא אחר שיטת הרמ"ה על דף קנ"ג שכ' וז"ל איכא דק"ל כיון דשמעינן לר"מ בשלהי פרק קמא דגיטין דס"ל כר"א דאמר אחד בריא ואחד מסוכן נכסים שיש להם אחריות נקנים בכסף ובשטר ובחזקה מה הפרש יש בין בריא ובין שכיב מרע וכו' וי"ל דאפי' לדברי ר"א שכיב מרע יכול לחזור בו אף על פי שקנה בכסף בשטר ובחזקה דלא שמעינן ליה לר"א שנחלק על חכמים על אומדנא וכו' ולר"א שאין מתנת שכיב מרע קונה לאח' מיתה אלא כל מתנת שכיב מרע מהיו' היא הילכך כיון דאזלי' בתר אומדנא כמו שפי' בה מהיום אם מתי דמי עליות עכ"ל הרי שכתב דר"א סבירא ליה בכל מתנת שכ"מ דמהיום היא אם עמד חוזר דהוי כמהיום אם מתי וה"ה לרבנן כשפי' בה מהיום וה' מעיל שמואל סי' י"ב הוכיח מדברי הר' יונה גבי קנין אחר זיכוי דקנה מעכשיו ונמשך אחריו הרב דברי אמת בקו' ז' סימן י"ג עיין שם ולא ראה דברי הר' יונה שכתבתי אם כן דעת הר' יונה והריטב"א והנ"י דאפילו מתנת שכיב מרע שכתב בה מהיום הוי כמהיום אם מתי ואם עמד חוזר אבל הרמ"ה סבירא ליה דה"ד אם פי' שמלוה מחמ' מיתה אבל בלא"ה אפי' אמר מהיום ולאחר מיתה אינו יכול לחזור דקנה הגוף מהיום ומהר"י ן' מיגש סבירא ליה דאפי' במלוה מחמת מיתה ואמר מהיום ולאחר מיתה קנה הגוף מהיו' ואינו יכול לחזור וכן מוכח מדברי רשב"ם דקנ"ו כמ"ש הרב דברי אמת שם ומה שתמה מההיא דהוא אומר שכ"מ הייתי וכולי כקו' הר' יונה שכתבתי נ"ל דס"ל דמיירי בראוי ליורשו כגון בן בין הבנים דר"א מודה דקני באמירה ואם עמד חוזר כמ"ש הרמ"ה בפרק מ"ש סי' יו"ד וז"ל אבל למי שראוי ליורשו כגון בן בין הבנים וכולי אפילו ר"א מודה כדתניא בפרק י"נ וכולי התורה נתנה רשות לאב להנחיל למי שירצה בלשון ירושה אלמא מדאורייתא כירושה דמיא ובאמירה בעלמא סגי כי פליגי למי שאינו ראוי ליורשו וכו' ר"א סבר כיון דלאו מדאורייתא היא ולאו כירושה דמיא ולא מהני בה לשון ירושה לא מקניא אלא בחד מאנפי ההקנאה כמתנת בריא וכולי עיין שם וראיתי לה' דברי אמת בקו' ב' דף ע' ע"ד שנסתפק אם כתוב מהיום אם מתי או מעכשיו אם מתי מי אמרינן דהו"ל כאומר מעת שאני בעולם ואם קמו מידו הדר שודרא למריה כמ"ש גבי גט דאם אמר מעכשיו אם מתי אינו רוצה שיחול אלא סמוך למיתה הכא נמי במתנת שכיב מרע או מלוה מחמת מיתה אמרי' דמעכשיו שעה א' קודם מיתה והדר שודרא למריה עיין שם ובדברי הרמ"ה שכתבתי מבואר דקנה מעכשיו וכן כתב הטור

סוף סי' קכ"ה גבי הולך בשם הרמ"ה דהו"ל כאלו אמר מהיום אם מתי לפיכך כל זמן שלא עמד אינו חוזר ואם יעמוד חוזר וכו' עיין שם וה"ד בקנין קנה מהיו' וכל זמן שלא עמד משמע אפי' חי זמן רב אינו חוזר דלא שעה א' קודם מיתה קאמר :

והנה במ"ש ואין להם רשות למכור החצר ולא למשכנה ואם עברו ומכרו אז תהיה לא"י יש להסתפק אם עברו ומשכנו אותה מהו ובר"פ המגרש בעי אביי א"ל הרי את מותרת לכל אדם חוץ מראובן ושמעון וחזר ואמר לה לראובן מהו לראובן וה"ה לשמעון והא דקאמ' לראובן משום דפתח ביה א"ד לראובן דוקא וכולי והכא נמי א"ל מכרו וה"ה משכנו ונקט מכרו משום דפתח ביה א"ד מכרו דוקא והרמב"ם פסק שם דראובן דוקא וכן לדעת הטור ומרן בא"ה סימן קל"ז דהוי ספק מגורשת הכא מספק נכסי' בחזקת היורשי' מיהו א"ל דשאני התם דהוי חזרה שאמר חוץ מראובן ושמעון וחזר ואמר לראובן אמרי' דלא חזר משמעון אבל הכא שהוא לחזק תנאו דשלא למכור ולא למשכן קאמר ואם עבר ומכרו וכולי אימא דה"ה משכן והא דקאמר מכרו משום דפתח ביה ועיין במהרימ"ט חא"ה סימן ע"ל :

ועוד יש להסתפק אם יכול להקדיש החצר כדאמרינן בקמא דע"ט גבי גנב והקדיש משלם תשלומי ד' וה' מ"ל מכרו להדיוט מ"ל מכרו לשמים ע"ש בתוספות וכן כתב הראב"ד בהשגות פ"ב מה' גניבה אבל דעת הרמב"ם שם דאפילו בקדשי ב"ה פטור וה"ט כדאמרינן התם דע"ו דמכרו להדיוט מעיקרא תורא דראובן והשתא דשמעון מכרו לשמים מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן ע"ש ועיין בס' קהלת יעקב דקס"ד ע"ג שתמה על מהריט"ץ מסוגי' דמרובה ולא ראה דברי הרמב"ם שלא פסק כן ע"ש וכן כתב ה' המאירי והרמ"ה והרב יונתן הובאו בש"מ שם ורש"ל ביש"ש שם סי' י"ט כתב וז"ל ולפי מסקנת הלכה וכולי ומכל מקום אם הקדישו לב"ה חייב ד' וה' שאין שם הבעלי' עליו וכו' :

ועוד יש להסתפק אם שכירות בכלל מכר ואין להם רשות למכור וה"ה להשכיר כמ"ש מהריק"ו שרש ך' דשכירות הרי הוא כמכר והביאו מרן הב"י סימן ר"ו ע"ש וכ"כ מהר"ש מפדווא סימן ע"ל וכן כתב מהריב"ל חלק שני סימן פ' ות"ג סימן ע"ז דל' מכר כולל נמי שכירות אבל ל' שכירות אינו כולל מכר עיין שם אבל ה' שבות יעקב ח"ג סימן קנ"ו כ' דשכירות לא בכלל מכר דהא דקי"ל דשכירות ליומיה ממכר ה"ד לענין אונאה ועוד דאין לך אלא מה שפרט דוקא למכור או למשכן וכו' עיין שם גם ה' גנת וורדים כלל ג' סי' כ"ג כתב במי שהקדיש קרקע לעניים אם יפסק זרעו ב"מ ושלא ימכר ושלא יתמשכן לא לשום ב"ח זרעו ולא לכתובת אשה אלא יהיו הפירות קיימים לזרעו עד עולם ורצה א' מזרעו למכור פירות של עשר שנים כ' וז"ל נראה ברור שהתנאי שהתנה המורים שלא יתמשכנו קרקעותיו ה"ד כגון שלוה א' מבניו ומשכנם על תנאי שאם לא יביא מעותיו לזמן יהיו גבויים וחלוטים אבל זה שמכרם לעשר שנים ובמשלם הזמן תחזור הקרקע בלא כסף ודאי דאין שם מכירה ולא שם משכונה עליה אלא כשאר שכירות וכשם שיכול היורש להשכיר קרקע זה אף על גב דשכירו' ליומיה ממכר הוא יכול נמי למוכרה לעשר שנים דמ"ל שכירות לזמן מועט מ"ל שכירות לזמן רב ע"ש ונראה אף על גב דמכר כולל נמי שכירות כיון דפרט מכר ומשכונה משמע דוקא אבל בכ"ד שאמר אין להם רשות למכור

למכור אפשר דה"ה שכירות ומשכונה בכלל מכר ולא כה' שבות יעקב :

ומזה ששאלת במ"ש ואין להם רשות למכור החצר ולא למשכנה ואם עברו ומכרו אז תהיה לא"י תוב"ב אם תנאי קיים או לא הנה מרן הב"י סימן רמ"ח הביא תשו' הגאונים וז"ל יעקב ליה דהי דייר ראובן בבית פ' לא תימרון ליה מידי ואם נפיק מניה יזדבן ביתא ויתהיב לעניים וכולי תשובה אי יהיבה ראובן במתנה לבריה קנייה ואי יתיבו בריה ואיתתיה בתריה בההוא ביתא קנאוה דאמרינן נכסי לך ואחריך לפ' וראשון ראוי ליורשו אין לשני כלום דירושה אין לה הפסק ואי נפקי בני ראובן ואיתתיה מההוא ביתא ללאתר קם ליה בחזקת עניי' וכו' ותנוה עליהם כיון דזכה ראובן היורש וירושה אין לה הפסק כי נפקיה בני ראובן ואיתתיה מאי הוי ע"ש ומהר"י הלוי סימן כ' דסבירא ליה דלא אמרינן ירושה אין לה הפסק אלא כשהורים לא' בהחלט בלא תנאי אבל כשלא הורים לא' אלא בתנאי אפילו ראוי ליורשו אם לא קיים התנאי לא זכה ואם כן הכא נמי דראובן דר בו וקיים התנאי יכול ליתנו במתנה לבנו ואין צריך הבן לקיי' גם הוא התנאי לדור בו דכיון דראובן בזמן שהוא קיים התנאי זכה בבית בירושה וירושה אין לה הפסק הוי כנותן בית שלו לבנו בלא תנאי אבל אם לא נתנו לבנו במתנה ומת בתוכה ונשארו בניו ואשתו שם גם הם צריכים לקיי' התנאי שהם ירשו זכות אביהם ואין כח היורש גדול מכח המורים עיין שם וליתא דאדרבא נראה דאם נתנו במתנה ומת ונשארו אשתו ובניו אין צריכים הם לקיים התנאי כיון שזכו בירושה מאביהם והזקן לא התנה על באי כחו כמ"ש הרשב"א בתשובות חלק שני סימן רל"ג וז"ל אבל אם מת ראובן בניו או שאר יורשיו הנכנסים לנחלתו נכנסים לקרקע זה גם כן ומי מעכב והלא קרקע זה של ראובן מוריסם הוא אלא דכל ימיו אריא דתנאי של זקן רביע עליה וכו' וכיון שראובן לא סירב ולא ערער זכה בחלק ירושתו שהורישו אביו שהרי לא בטל תנאו אבל יורשיו יורדים לנחלתו שהוא לא התנה על באי כחו כלום עיין שם והכא נמי דכוותה וז"ל תשו' הגאונים ח"ב שער ג' סימן ד' וששאלתם יעקב וכולי מת יעקב דר ראובן בההוא ביתא חמשת שנים ויהביה לההוא ביתא לבריה במתנה ונפק ליה ראובן מיניה ודר ביה בריה דראובן בההוא ביתא הו"ל כראובן אבוה או לא ואי הוה בר ראובן זעירא ולא דר ביה בההוא ביתא ונפק עם אבוה והוא מה יהא עליו ואי דר ביה ראובן ומת ליה וקמת איתתיה ונפקת וכו' הכין חזינן דמלוה לקיים דברי המת ומתבעי' למעבד כי היכי דאמר יעקב דאי דייר ראובן בההוא ביתא לידור וליכא איניש דלימא מדעם ואם נפק ראובן ליזדבן ביתא ויתן לעניים כי היכי דפקיד יעקב ואי יהביה ראובן במתנה לבריה קנייה ההוא בריה ואי יתיבו ביה בניו ואיתת' בתריה קנוהו דאמרי' נכסי לך וכו' עכ"ל משמע אפי' דר ראובן בבית וקיים התנאי ונתנה לבנו במתנה צריך גם בנו לקיים התנאי אבל אם מת בתוכו אפשר דאין צריך בניו לקיים התנאי כמ"ש ומכל מקום מבואר בתשובות הגאונים דתנאו קיים וזכו העניים ולא אמרינן ירושה אין לה הפסק ול"ל דהנאו בטל מדינא ומשום דמצוה לקיים דברי המת הוא דזכו עניים דכבר כתב מהרימ"ט סימן ו' דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת בזה דמתנה על מה שכתוב בתורה הוא והביאו ה' כנה"ג בסימן זה עיין שם וכן כתב הרא"ש בתשו' כלל פ"א על ראובן שנתן ממונו לשני בניו וריבה לזה ומיעט לזה והטיל תנאי במתנתו ע"מ שלא יוכל א' למכור שום דבר מכל אלו הקרקעות ושלא ימשכן ולא יתן עד שיהא לקטן כ' שנה ועמד הגדול ומכר מאחזתו קודם שיהא לקטן כ' שנה וז"ל ואם כן בנדון זה אותו שבטל התנאי נתבטלה מתנתו וכולי וא"ל כיון שהגדול ראוי לירש לא יועיל שום תנאי להוציא הנחלה מידו כדאיתא בפ' י"נ וכו' נכסי לך ואחריך לפ' היה א' ראוי ליורשו אין לשני בהם כלום וכו' ל"ד דהתם המורים הוציא הנחלה מתחת ידו בלא שום תנאי ולא שייר בה לעצמו כלום אלא שלוה שאחרי מות היורש תסוב הנחלה לאחר וכסבור לומר ירושה יש לה הפסק ורחמנא אמר אין לה הפסק אבל בנדון זה שייר הנותן לעצמו דכיון שהטיל תנאי במתנתו ולא נתקיי' התנאי נתבטלה המתנה מעיקרא ולא יצאה המתנה מרשות אביהם מעולם וכו' עכ"ל הרי דסבירא ליה דמהני תנאי במתנה אפי' להורים ולא אמרי' ירושה אין לה הפסק משום דלא יצאה המתנה מרשות המורים ע"י התנאי וה' כנה"ג בסי' ר"ז אות ל"ב כ' דהרא"ש ס"ל כדעת הגאונים דאפילו בל' מתנה ליורש ירושה היא ואין לה הפסק אלא משום דכל האומ' ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואם אמר מעכשיו אפילו א' ראוי ליורשו מת א' קנה ב' עיין שם ועיין בתשובות מהר"י מיוני במהרש"ך חלק שלישי סי' י"ב שכ' דמתשו' הרא"ש כלל ע"ט סימן ט' שכתב ואפילו אם הזכיר נתינה לבן ירושה היא כיון דראוי ליורשו וכו' נראה דסבירא ליה דאפילו בל' מתנה ליורש הוי ירושה ומ"ש הרא"ש כלל פ"ד סימן ב' דהתנאי קיים אפשר דמיירי במתנת בריא דיש לה הפסק אפילו ליורש עיין שם ואם כן נראה דגם הרא"ש כלל פ"א מיירי במתנת בריא וכן משמע בסוף התשו' שכתב וז"ל ולכך צריך לדקדק בשטר זה אם כתוב בו תנאי כפול או אם כתוב בסוף השטר וקנינא מיניה וכולי ואי במתנת שכיב מרע אין צריך תנאי כפול ולא קנין ונראה דס' הכנה"ג אזיל לטעמיה שכתב בסימן רמ"ח אות ז' דהרא"ש והטור סבירא להו דאפי' במתנת בריא אמרי' ירושה אין לה הפסק וכן כתב מהרשד"ם ומהר"י הלוי עיין שם ואם כן אפי' נימא דתשו' הרא"ש כלל פ"א מיירי במתנת בריא אמרי' ירושה אין לה הפס' ולכך הוצרך לומר משום דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי אך תמהני שהרי הרא"ש בהדיא כ' הטעם דבתנאי לא אמרי' ירושה אין לה הפסק כיון דע"י התנאי בטלה המתנה מעיקרא ולא יצאה מרשות המורים מעולם ואי מיירי במתנת בריא אם כן משמע דס"ל דגם במתנת בריא אמרי' ירושה אין לה הפסק ואפ"ה התנאי קיים ודלא כמהר"י מיוני אבל הסמ"ע בסי' רמ"ח ס"ק כ"ד כ' וז"ל דמה שהוצרך לומר דנתבטלה מעיקרא ונשארה ביד אביו משום דמיירי במתנת שכיב מרע ובשכ"מ קי"ל דאף אם נתן בל' מתנה כאלו נתנו לו בל' ירושה ואין לה הפסק כמ"ש הטור ומרן ר"ס רמ"ח אם כן הכא נמי לא אמרי דיצא המתנה מיד בנו זה שבטל התנאי וכולי עיין שם וכן כתב בפרישה סימן רמ"ח דגם הטור סבירא ליה הכי דדוקא בשכ"מ אמרי' וכן הכריח מהרימ"ט חח"מ סימן מ"ח דמיירי בשכ"מ דאי במתנת בריא לא אמרי' ירושה אין לה הפסק כדמוכח בפ' י"נ ומ"ש בסוף התשובה אם כתב וקנינו וכולי היינו אם כתב בו קנין ליפות כח עיין שם והתימא על ה' כנה"ג בסימן רמ"ח שכ' דהרא"ש סבירא ליה דאפילו במתנת בריא אמרינן ירושה אין לה הפסק ובהגב"י אות כ"ב הק' על מהר"ש הלוי שכ' בפשוט דמתנת בריא יש לה' הפסק עיין שם

ולא

ולא זכר תשו' מהר"י מינץ ורבו מהרימ"ט והסמ"ע דס"ל הכי בפשוט בדעת הרא"ש דמתנת בריא יש לה הפסק וכן כתב הרדב"ז חלק שני סימן ס"ו דאין חולק בדבר עיין שם ועיין בתשובות מהר"ם שלטון סימן ד' :

וראיתי לה' כנה"ג בסימן רמ"ח אות ח"י שכ' וז"ל אם אמר במי שראוי ליורשו שירש אותו אחיו מאחר שידוע שכל א' יורש את אחיו כשלא הניח בן ליורשו ולא צריך בצוואה זאת ודאי דלגופיה אתא ולומר שאם מת א' מהאחים ולא הניח בנים שלא תטול אשה וב"ח הנכסים אלא יחזרו לאחיו הרשב"א בתשובות בשם תשו' הרי"ף אבל מהר"ב בסימן ל"ג כ' דגובה ב"ח מנכסיו עיין שם משמע דהרי"ף והרשב"א סבירא להו דמהני תנאי בירושה ואפי' לא התנה בפי' דדרשי' לישנא יתירא לומר שלא תטול האשה וב"ח מנכסיו אבל הרשב"א בתשובות סימן תש"ד כ' דלא מהני שום תנאי בירושה עיין שם ולכאורה נ"ל דסבירא ליה דלא אמרו ירושה אין לה הפסק אלא באומר נכסי לך אבל בשותק ואומר אם מת פ' יירש אחיו יש לה הפסק כמ"ש הרמב"ן והנ"י בשם הריטב"א עיין שם וכן הוכיח מהרח"ש חלק שני סימן ו' מתשו' הרשב"א דסבירא ליה הכי עיין שם ואם כן בסימן תש"ד דמיירי בנותן לו והנחילו בירושה לא מהני שום תנאי משום דירושה אין לה הפסק אבל הכא דמיירי בשתק ואמר במי שראוי ליורשו שירש אותו אחיו אפי' בתנאי בגוף הירושה יש לה הפסק אבל מהר"ב בתשובות שם כ' דלא אמר הרשב"א אלא בשכ"מ שאמר מנה לפלוני לאחר שישא פלוני' דלא החזיק היורש בזה המנה כלל אבל באמר אם מת פ' יירש פ' אין חילוק בין אמר נכסי לפלוני בני בפי' למניח סתם דמ"מ הרי הוא מוחזק בנכסים עיין שם ואם כן ק' דהכא משמע דס"ל כהרי"ף דמהני תנאי בירושה ובסימן תש"ד ס"ל דלא מהני תנאי בירושה ושוב מצאתי בתשו' הרי"ף בסי' יו"ד שכתב וז"ל וכן במתנה זו כיון דלא צריך לומר אם מת אחד מהם יחזור חלקו לאחיו וקאמר אין אומרים שלבטלה אמר אלא לצורך אמר כן וז"ש מת אחד מן האחים והניח אשה ולא הניח בנים שלא תטול אותם נכסים אלא יחזרו לאחים וכאלו א"ל על מנת שלא תקנה אותם אשתו בכתובתה ובזה נכנס אחריך ליקני שהוא תנאי קיים וכיון שהיתה מתנה זו מתנת בריא תנאי זה קיים ואין לאשתו כלום לפי שלא נשתעבד שתנאי היה בשבילה עכ"ל הרי דמיירי במתנת בריא דלא אמרי' ירושה אין לה הפסק אבל במתנת שכיב מרע משמע דאין תנאי זה קיים משום דאין לה הפסק ואפי' דתנאי דמבחוץ לא מהני ואם כן א"ש דהרשב"א בסימן תש"ד מיירי בשכיב מרע אבל הכא בשם הרי"ף מיירי במתנ' בריא דיש לה הפסק וכל שכן דתנאי דמבחוץ ומהר"ב אינו חולק עליו דהוא מיירי במתנת שכיב מרע ודלא כה' כנסת הגדולה וכן כ' המבי"ט חלק ראשון סי' ש"ט על תשו' הרשב"א דה"ד במתנת שכיב מרע אבל במתנת בריא תנאו קיים עיין שם וכן כתב הרשב"ש סי' תרכ"א והר"א ן' אשר בספר אבקת רוכל סימן ע"ב חי' זה בין בריא לשכיב מרע עיין שם וכן פסק מהרח"ש סימן ע"ז והרב פני משה חלק שני סי' :

וא"ב בכ"ד שהיא מתנת בריא בקנין התנאי דאין להם למכור וכו' קיים מיהו מה שצותה מחמת מיתה ואמרה ונתתי להם החצר שעה א' קודם מיתתי וכולי לדעת הרמ"ה והר' יונה והריטב"א והנ"י שכתבתי לעיל הו"ל כאומר מעת שאני בעולם אם מתי ולדעת מהר"י בן מיגש הו"ל כאומר מעת שאני בעולם ולאחר מיתה ואם כן נראה דהמתנה בטלה שהרי מבואר בסי' קל"ה וקל"ז דאין הקנין מועיל לקנות לאחר שלשים יום בלא מעכשיו דבשעה שיש לו לקנות כבר החזיר לו הסודר עי' שם ואם כן הכא נמי דלא הקני' אלא שעה א' קודם למיתה לא קנו מה"ט דבאותה שעה כבר החזיר הסודר וכן גבי אסמכתא קיימא לן בסימן ר"ז דין י"ד דהקנין לא הוי כמעכשיו וכתב הר"ן דדוקא מי שהקנה לחבירו שדה סתם וקנו מידו לאלתר קנה אבל כי אתני אם לא באתי לא משמע דליקני מעכשיו אלא לבתר ההוא יומא ונמצא שאינו קונה כלל והובא בב"י שם ועי' במהרימ"ט חלק ראשון סי' קל"א שכתב וז"ל דכל קנין שאדם מקנה אפי' לאחר זמן כמי שפי' מעכשיו וכו' ועוד ראייה דבפ' י"נ אמתני' דכותב נכסיו לבנו לאחר מיתה מ"ל בהקנאה וכו' ומשמע דגם ל"ן זמן אלא דלענין אסמכתא שתלוי בקיומו של תנאי אף על גב דהשתא מקנה או משעבד לו אם יהיה כך מכל מקום הקנין מילתא תלי ולא גמר ומקני וכולי עיין שם וק' דהא קיימא לן בסימן קל"ה דהאומר לחבירו קנה סודר זה ותקנה חפצך לי לאחר ל' יום לא קנה מפני שבשעה שיש לו לקנות כבר החזיר הסודר ולא אמרינן דהקנין הוי כמעכשיו אע"ג דהקנה לו לאחר זמן כמו בכותב נכסיו לאחר מיתה וגם הרשב"א דסבירא ליה גבי אסמכתא דהקנין הוי כמעכשיו מודה הכא באומר תקנה חפצך לי לאחר שלשים יום דלא קנה כמבואר בחי' לנדרים עיין שם א"כ ס"ל דהקנין בתנאי משמע מעכשיו הקנה לו בתנאי אבל לגבי לאחר מיתה או לאחר ל' יום לא משמע תנאי כיון שלא אמר באם או בע"מ כמ"ש מהרימ"ט חא"ה סי' ט"ל וכ"כ הרמ"ה בפ' י"נ סי' קע"ו עיין שם ומכל מקום ק' מ"ש בכות' נכסיו לאחר מיתה קיימא לן דהקנין הוי כמעכשיו ובמקנה לחבירו לאחר ל' יום לא הוי כמעכשיו וראיתי לה' בית דוד שכ' מדברי הנ"י בפרק י"נ שכתב הטעם דהכותב נכסיו לבניו כיון דקנה בקנין אין צריך מהיו' משו' דכיון דמיפה כחו כ"כ להקנות בקנין מעכשיו קא מקני ליה וכו' משמע דוקא במיפה כי התם דבשטר הוה סגי וכ' לו שטר וקנין אמרי' דהוי הקנין מעכשיו אבל בקנין לבד בלא שטר לא אמרינן דהוי כמעכשיו וכ"כ דעת רשב"ם והרא"ש שפי' שם הא דבעי בהקנאה מאי שכתב שטר וכתב בו קנין ולא פירש בקנין לחוד בלא שטר משמע דבקנין לבד פשיטא דלא מהני בלא מהיום וכו' עי' שם וכן מצאתי למהר"ם מפדוואה סי' נ"ב שהוכיח כן מדברי רשב"ם והרמב"ם והטור עיין שם ועיין בתשוב' מהר"ב אשכנזי סי' ע"ו וז"ל הרמ"ה בפ' י"נ קע"ח א"ל בהקנא' א"ל כיון דקרקע נקנה בשטר וטרח למעבד מילת' יתירת' למקנא מיניה ש"מ לאקנויי ליה גופה מהיום קאתי וכ"ת התינח קרקע דהוה סגי ליה בשטרא אלא מטלטלין דלא סגי להו בשטרא במאי קני להו וכיון דצריך קנין למקני מטלטלין אשתכח דקנין גופיה לאו מילתא יתירתא הוא וכו' אלא משכחת לה דאקני ליה מטלטלין אגב מקרקעי דסגי ליה בשטרא גרידא וכיון דאי כפל למיקנא מניה מילתא יתירתא קעביד ליה ולאגלויי לקנייני' קמכוון לאקנויי ליה גופה מהיום וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דהקנין לא הוי כמעכשיו אלא בקרק' בשטר ומטלטלין אגב מקרקעי דסגי להו בשטר והקנין ל"ן לגופיה אלא להקנות לו מעכשיו אבל אם הקנה לו מטלטלין בקנין ולא אג"ק לאח' מיתה או לאחר ל' יום לא קנה ומה"ט באומר תקנה חפץ זה הקנין לא הוי מעכשיו משו' דבמטלטלין מיירי דצריך הקנין לקנות

לקנות אבל בקרקע ובמטלטלין אג"ק בשטר דל"ד לקנין אמרי' דלהקנות לו מעכשיו הוי וא"כ בכ"ד שנתנה להם החצר ואגבו מטלטלין כיון דסגי להו בשטר הקנין מילתא יתירתא להקנות להם משעת הקנין אבל מתשו' הרי"ף סימן כ"ג משמע דקנין מהני למטלטלין אפי' לא הקנה אותם אג"ק ובסי' כ"ה בשטר שכתוב בו שאם ח"ו יארע בה דבר של מיתה מזמן שטר זה עד סוף ארבע שנים רצופות שתזכה וכו' לאחר פטירתי וכולי קיים המתנה משום דקיימא לן כר"י דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו והו"ל מתנה זו כמ"ד מהיום ולאחר פטירתי וכולי ע"ש הרי דס"ל דאפי' הזמן צריך לגופו אמרי' זמנו של שטר מוכיח עליו דמעכשיו קאמר וכן משמע מתשו' הרשב"א שהביא הב"י סימן כ"ד והיא בח"ג סימן ס' דהקנין הוי מעכשיו אפי' צריך לגופיה וכן בתשוב' אחרת סימן ס"ג והובא גם כן בב"י שם משמע דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו אפילו הזמן צריך לברר הפך דעת הרמ"ה עיין שם ועמ"ש בסימן רכ"ח ואם כן ק' מ"ש בכותב נכסיו לאחר מיתה הקנין הוי מעכשיו ובמקנה לחבירו לאחר ל' יום לא הוי כמעכשיו ונראה דדוקא בלאחר מיתה כיון דאין קנין לאחר מיתה אמרי' דהקנין הוי מעכשיו משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה אבל לאחר ל' יום דאפשר לקנות אם היה החפץ באגם או ברשות דקונה לאחר ל' יום הקנין לא הוי מעכשיו וכבר הרב קהלת יעקב דף קפ"א סימן ג' הביא תשו' מהרא"ח שכתב דכל מה שיכולים לפ' דברי האדם בל' המועיל וכל שכן כשקנו מידו אפילו רבנן מודו דאין אדם מוציא דבריו לבטלה והביא לו ראייה עיין שם וכן נר' ראייה ממ"ש הרמב"ם ומרן סימן רמ"ח גבי נכסי לך ואחריך לפלוני דבשכיב מרע הוי ל' ירושה ואין לה הפסק ובבריא הוי ל' מתנה אפי' ליורש מה"ט דאין אדם מוציא דבריו לבט' עיין שם וכהאי גוונא כ' מהר"י באסן בתשו' סי' ע"ג בדעת התוס' ביבמות דל"ג עיין שם ועיין בחי' הרשב"א לנדרים סו"פ השותפים ושוב מצאתי כן למהרח"ש חלק ראשון סימן ל"ג עיין שם :

ומ"ש בנדון דידן שנתנה שעה א' קודם מיתתה דמי למקנה לאחר שלשים יום דהקנין לא הוי מעכשיו ולא קנה דבאיתה שעה כבר החזיר השודר והא דקיימא לן זמנו של שטר מוכיח עליו דהוי כמעכשיו היינו דוקא בשלוה לעדים לכתוב הזמן כמ"ש בסי' רכ"ח עיין שם וכן השכים הרב דבר משה סימן פ"א דף ל"ב דכעין כ"ד עיין שם באורך וכל שכן בנדון דידן לדעת מהר"י בן מיגש דהוי כאומר באני בעולם ולאחר מיתה וכן ראיתי להרב פני משה חלק ב' סי' ס' שכ' ואין לחוש לה גם כן מטעם שכל מתנה זו היתה שעה אחת קודם מיתתו והיא בקנין סודר אם כן כיון לשעה אחת קודם מיתה הא סודרא למריה דהא ליתא שהרי בקנין סודר זה כ' בו מעכשיו בפי' אם כן נמצא שבשעת מיתה קנה למפר' משעת קנין ואין צריך להיות דזמנו של שטר וכולי עיין שם וכן נראה מדברי מהר"ש מלובלין בתשו' סימן ק"ח עיין שם ועוד דאפילו אמר מעכשיו ושעה אחת קודם מיתתי נסתפק מהר"י באסן בתשובות שם דל"ד לאומר מהיום ולאחר מיתה או מהיום ולאחר שלשים יום דהא הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה דשעה א' אינו כתיר' ללשון מעכשיו דשמא עכשיו הוא תחלת שעה אחת קודם מיתתו ואם כן הוה ליה כאומר לא תקנה אלא שעה א' קודם מיתתי דאם היו באגם או ברשות המקבל קנה ואם לאו לא קנה והשכים עמו הרב דברי אמת בקונטרס ב' דף ע' עיין שם באורך :

מ"ג הרי היא כשאר מתנת ברי' וכו' נסתפ' מהרא"ח סימן נ"א אפשר דהיינו דוקא לענין שאינו יכול לחזור בו הוי כמתנת בריא וכן לשון הרמב"ם והרי היא כמתנת הבריאים שאם קנו וכו' קנה הכל ואינו יכו' לחזור בו משמע דוקא לענין חזרה קאמר אבל אין צריך קנין דכיון שדברי שכיב מרע ככתובי' וכמסורים דמו כדי שלא תטרף דעתו עליו כל שהוא שכיב מרע ומלוה על נכסיו ואף על פי שהוא מזכה מיד דבריו קיימים מהאי טעמא עיין שם ואין נראה כן דבבתרא דף קנ"א ע"ב אמרי' מתנת שכיב מרע במקצת אמרוה רבנן קמי דרבא משמיה דר"נ הרי היא כמתנת בריא והרי היא כמתנת שכיב מרע הרי היא כמתנת בריא שאם עמד אינו חוז' והרי היא כמתנת שכיב מרע דלא בעי קנין א"ל רבא הכי אמר רב נחמן הרי היא כמתנת בריא ובעי קנין עיין שם הרי דלרבנן דאין צריך קנין אינו יכול לחזור אפי' בלא קנין ולרבא צריך קנין ולא אמרי' שדבריו ככתובים וכמסורים דמו כדי שלא תטרף דעתו והוא הדין בנותן מיד כיון דאינו יכול לחזור צריך קנין דחד טעמא הוא ולכאורה נראה שתלוי במחלוקת שכ' הטור בסימן רנ"ד וזה לשונו וכתב הרמב"ם קונין אפילו בשבת שזה הקנין אין צריך ומשמע מדבריו שאם יש נפקותא בקנין כגון שכ' כל נכסיו ומפרש שלא יחזור בו אף אם יעמוד שאז מועיל הקנין אין קונין בשבת אבל א"א הרא"ש כ' דאפי' הכי קונים ממנו בשבת דכיון שנותן כל נכסיו מדאגת מית' הוא נותן ואיכא למיחש לטרוף הדעת אם לא יעשו כדבריו אבל אם נותן מקצת נכסיו אין קונין ממנו בשבת דלאו מתנות דאגת מיתה הוא נותן כיון שאינו נותן הכל וליכא למיחש לטרוף הדעת עכ"ל הרי דלדעת הרא"ש בנותן כל נכסיו בקנין שלא יחזור בו אף כשעמד חיישי' לטרו' הדעת אבל בנותן מקצת נכסיו כיון שלא נתן הכל לאו מדאגת מיתה הוא נותן ולא חששו לטרוף הדעת ואם כן אפשר לו' דדוק' במתנת שכיב מרע במקצת קאמר רבא דצריך קנין משום דלאו מדאגת מיתה הוא נותן ולא חיישי' לטרוף הדעת אבל בנותן כל נכסיו מיד כיון שנתן הכל מתחלת דאגת מיתה אמרי' שדבריו ככתובי' וכמסורי' דמו כדי שלא תטרף דעתו עליו ואין צריך קנין ואף על גב דצריך קנין לענין שלא יחזור בו התם כבר כ' הרשב"א במיוחסות סי' ה' ה"ט משום דמתנת שכיב מרע מדרבנן היא ולא אמרו שתהיה מתנתו קיימת כדי שלא תטרף דעתו ולכך קיימו דבריו לאחר שימות אבל זה שעמד ונתרפא לגמרי יש לו לחזור ואין חוששין שמא תטרף דעתו מעת' עיין שם ואם רצה בקנין שלא יכול לחזור קונים ממנו אפילו בשבת שלא תטרף דעתו אבל אם נתן כל נכסיו מיד אפשר דאין צריך קנין מהאי טעמא דכיון שנתן מתחל' דאגת מיתה כדי שלא תטרף דעתו קיימים דבריו אבל לדעת הרמב"ם נר' דלא חששו לטרוף הדעת לקיים דבריו לאחר שעמד דהוי בריא הכא נמי לא חששו לטרוף דעתו לקיים מתנתו מיד דהוי מתנת בריא וא"כ צריך קנין :

וגם מדברי הרמב"ם שכת' אם קנו וכו' מוכח בהדיא דבלא קנין יכול לחזור והוי חשיב כמתנת שכיב מר' לענין קנין אינו יכול לחזור אפילו בלא קנין וכבר הביא ה' דברי הרמב"ן והנ"י שכ' בהדיא דצריך קנין מיהו ל' הרמב"ם משמע דוקא אם פי' שנתן הכל מעכשיו והקל' מחיים אבל בסתם לא אמרי' שרצה להקנות מחיים כמו שכתב מהרא"ח שם והרמב"ן והנ"י סבירא להו דאפילו אמר מהיום ולאחר מיתה דינו כמתנת בריא דצריך קנין
עיין

עיין שם וכן דקדק הרב כרם שלמה סימן ע"א עש"ב וכן כ' הרב בית דוד סי' קכ"ח דסבירא ליה דדוק' אם פי' שנתן מעכשיו ולכך כ' רמ"א די"א דמהיום לחוד הוי מתנת בריא אבל האחרונים כ' בפשוט דמהיום או מעכשיו הוי מתנת בריא וכן כתב מהרי"א סי' ר"ם דאין חולק בדבר עיין שם וכן כ' הרשב"ש בתשו' סי' שכ"ז עיי"ש וכן כ' הרמ"ה בפ' מ"ש סי' קל"א וסי' קל"ב עיין שם מיהו אפשר לומר דלא חשבי' ליה מתנת בריא אלא לענין שצריך קנין ואינו יכול לחזור אבל לענין כתיבה ומסירה או מעמד שלשה דינה כמתנת שכיב מרע וכי האי גוונא דקדק הרב כנסת הגדולה בלשון הטור שכת' גבי מתנת שכיב מרע במקצת דדינה כמתנת בריא שאינה נקנית אלא בקנין דהיה ליה למימר כמתנת בריא בלבד ולזה כ' דאינה נקנית אלא בקנין לכן נראה דסביר"ל דאין דינה כמתנת בריא אלא לענין שצריך קנין ואינו יכול לחזור בו אבל לענין כתיבה ומסירה או מעמד ג' דינה כמתנ' שכיב מרע וכן הכריח בסי' רנ"ג מדברי רשב"ם דקנ"א גבי אימיה דרב עמרם עיין שם וכן נראה לכאורה דעת הנ"י שכ' וז"ל וכל שנתן נכסים מהיום ולאחר מיתה ויש שם מעות או חובות ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירו' וכו' דסביר"ל דלענין כתיבה ומסירה ומעמד שלשה דינה כמתנת שכיב מרע ודוקא לענין שצריך קנין דינה כמתנ' בריא כדסבר רשב"ם והטור גבי מתנה במקצת וה' בני אהרן סי' ע"ו נדחק עיין שם אבל הרשב"ץ בתשו' ח"ג סי' קמ"ז כ' דאפילו במתנת שכיב מרע שצריך קנין אין המטבע נקנה וכן לא קנה שטר חוב אלא בכסף ומסירה עיין שם :

וראיתי למהריק"ש בתשו' בס' אהלי יעקב סימן ז' שכתב וז"ל ועדיין נשאר מקום עיון בענין החוב במה נקנה במתנה דהא איכא פלוגתא דרבוותא אם מתנה מהיו' ולאחר מיתה חשיבא כמתנת בריא או כמתנת שכיב מרע וכו' והמרדכי סוף פרק קמא דמציעא כתב דפסק ר"מ דאף בבריא שאמר יתנו לפלוני כך וכך אם ימות זה נכ' מלוה מחמת מיתה וקנה וכו' והשתא בשלמא למאן דאמר דנותן מהיום ולאחר מיתה הוי מתנת שכיב מרע שדבריו ככתובים וכמסורים דמו ניחא וכולי אבל למאן דאמר דהוי מתנת בריא לא אפשר למקני אלא בכו"מ וכולי ונראה דכיון דפלוגתא היא אי הוי כמתנת בריא או מתנ' שכיב מרע וזה מוחזק בחוב שעליו כמתנ' שכיב מרע דייני' לה לגבי קנייהו עכ"ל הרי דס"ל דאפי' מתנת בריא ממש מהיום ולאחר מיתה דייני' לה כמתנ' שכיב מרע שלא להוציא מיד המוחזק דאין צריך כתיבה ומסירה וה"ה דאין צריך קנין ועיין במהריט"ץ סי' ל"ב שכתב דאם פי' שהוא מלוה מחמת מיתה אפשר דלכ"ע דינו כשכיב מרע בלא כו"מ דאם תפס הלוקחה אין מוציאין מידו היינו דוקא אם אמר ליה במפ' קני לך וכו' אבל אם לא א"ל כן אפי' תפס מוציאין מידו ואם כן בנותן מהיום ולאחר מיתה למאן דאמר דהוי כמתנ' בריא אפי' זה מוחזק בחובו מוציאין מידו ועוד דכבר חי' הרב פני משה חלק ראשון סימן כ"ז וסימן ל"ו בין תפס אחר כך לתופס קודם דהא אמרינן בפרק הזהב בעל מנת שאין לך עלי אונאה שיש לו עליו אונאה אף על גב דהמתאנה הוא תפוס עיין שם :

מ"ד דין י"ב שכיב מרע שנתן כל נכסיו וחזר וכו' כתב המבי"ט חלק שני סי' ו' דלא אמרינן חזר במקצת חזר בכולה אלא במצוה ב' פעמי' ובפעם הב' חזר ממקצת המתנה שנתן לא' אבל בצוואה

א' לא הוי חזרה עיין שם ובש"מ לבתרא כ' איכא מ"ד שנראה דוקא כשחזר כל אחד כדי דבור אבל חזר בו תכ"ד לא הוי חזרה בכולה עיין שם ונראה דה"נ במתנה א' חשיב הכל תכ"ד כמ"ש הרב כנסת הגדולה בסימן רפ"א אות ס"ב בשם רוב האחרונים גבי לשון מתנה דמהני לל' ירושה בב' שדות וב' בני אדם דוקא בתכ"ד עיין שם בארוך אבל מצאתי להרמ"ה בפר' מ"ש בסימן קי"ח שכתב וז"ל ואי ק' לך ההיא דאמרינן התם נכסי לך ואחריך לפ' וראשון ראוי ליורשו אין לשני במקו' א' כלום וכולי נהי נמי דהו"ל כמאן דאמר ליה לא' נכסי לך לעולם בלא הפסק ואימלך והדר ואמר אחריך לפל' ע"כ הא דהדר ביה מקמא וכל שאלו עמד חוזר חוזר הוא במתנתו בין לעצמו בין לאחר וכ"ש התם דא"ל דמעיקר' לא איכוון לאקנויי ליה לקמא בלא הפסק ועוד דהא אקני ליה לשני בתכ"ד וקיימא לן תכ"ד כדבור דמי וכ"ת שאני התם דלא הדר ביה מכל מאי דאקני ליה לקמא אלא באחריך להוד הוא דהדר ביה וכיון דהכתי איתא למתנתא דקמא קנינהו בירושה ואין לאחריך במקום א' כלום דירושה אין לה הפסק הא קיימא לן חזרה במקצת הויא חזרה בכולה והו"ל כמאן דהדר ביה מכל מאי דאקני ליה לקמא ואמאי אין לשני במקום א' כלום הא קיי"ל כל שאלו עמד חוזר חוזר במתנה בין לעצמו בין לאחר לא תקשי לך דכי אמרי' כל שאלו עמד חוזר חוזר במתנתו וחזרה במקצת הוי חזרה בכולהו ה"מ דמכוון למהדר ביה ממאי דאקני ליה לקמא בכולה א"כ במקצת אבל התם מעיקרא כי א"ל לראשון נכסי לך הוה אדעתי' למימר ואחריך לפ' לאו חזרה הוא וכו' עכ"ל וכן כת' בסימן ל' גבי מחלק נכסיו וז"ל והא דאמרי' מת קנו כולם דוקא היכא דלא כתב ליה לשני ממאי דכתב ליה לא' כלום וכו' אבל אי כתב ליה לשני מידי ממאי דכתב ליה לא' שני קנה א' לא קנה דקי"ל חזרה במקצת הוי חזרה בכולהו ואם כ' לאחרון מקצת מ"ש לאחד מן הראשונים ההוא דהדר ביה מיניה במקצת לא קנה ולא כלום בין כשמת בין כשעמד וכו' עיין שם הרי דאפי' במחלק נכסיו דלא נמלך ס"ל דאם נתן לשני מקצת ממה שנתן לא' חזר בכל וכבר כ' ה' כנסת הגדולה אות ס"ב דמדברי מהרש"ך והרא"ד"ב מוכח דאפילו בבת א' הוי חזרה עיין שם ולכאורה נר' דמספק לא הויא חזרה כמ"ש בעל העיטור דל"ז עמוד שני וזה לשונו ומסתב' חזרה דמנכרא בעי' כגון שנתן לא' שני שדות במקום פלוני וחזר בו ואמר א' מאותן השדות אני נותן לפלוני אבל לא איתברר חזרה כוליה לאו חזרה היא עיין שם והכא נמי כיון דאיכא פלוגתא לא הוי חזרה וכן כתב מהריב"ל חלק שלישי סימן י"ט וזה לשונו ולא יהא אלא ספק הרי כתב הרא"ש בפרק מ"ש אמר ר"י בר מניומי שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים עמד אינו חוזר חיישי' שמא יש לו נכסים במדינת הים והא דחיישינן מספק לאפוקי ממונא ה"ט משום דיש כאן מתנה גמורה אלא מחמת האומדנא הוא דאמרינן אם עמד חוזר והאי האומדנא לא אמרינן אלא היכא דבריראי לן וכו' ודכוות' בנ"ד דהרי יש כאן מתנה גמורה אלא דמחמת החזרה הוא דאמרי' חזרה במקצת הוי חזרה בכולה ולא אמרינן הכי אלא היכא דבריראי לן החזרה וכו' עיין שם והרב משפט צדק חלק ראשון סימן י"ט כתב דבכל ספק על המקבל להביא ראייה דוגמת מ"ש הרשב"א בתשו' הביאו הב"י סי' רמ"ו דכל שיש להסתפק אם נתכוון למתנה גמורה או לאו על המקבל מתנה להביא ראייה והכא נמי לא יהא אלא ספק אם מיקרי חזרה

או

או לא נאמר ,דהוי חזרה כדי להעמיד הירושה ברשות היורש עיין שם ונראה דאינה ראייה דהתם הספק בעיקר המתנה אם למתנה גמורה נתכוון או לאפטרופוס אבל הכא דמתנה היא והספק הוא אם חזר או לא אין מבטלין מעשיו כמו שהוכיח מהריב"ל מדכתב הרא"ש דכיון שיש מתנה גמורה אלא דמחמת האומדנא הוא דאמרינן אם עמד חוזר לא אמרינן הכי אלא באומדנא ברורה והכא נמי דיש כאן מתנה ומחמת החזרה במקצת אמרי' דחזר בכולה לא אמרינן הכי אלא בחזרה ברורה אבל בנדון הרשב"א דהספק הוא בעיקר המתנה ודאי דמספק נעמיד הנכסים בחזקת היורשים וכבר כתבתי דברי בעל העיטו' דכל שלא נתבררה החזרה לאו חזרה היא ושוב ראיתי למהרש"ג בספר משפטים ישרים סי' י"א :

מיהו גבי שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו פסקו הרמב"ם והרמ"ה דנכסים בחזקת נותן קיימי ומבטלין המתנה מספק והכי קיי"ל כדלעיל דין ג' עיין שם וגם להרא"ש דסבירא ליה דאין מבטלין המתנה מספק א"ל דהתם דהספק הוא אם דעתו בין יחיה בין ימות ואם כן הספק בגוף החזרה אם יכול לחזור או לא אבל הכא דיכול לחזור אלא דמספ"ל אם חזרה או לא אם כן לא יצא מרשות הנותן וכהאי גוונא כ' מהר"ם בתשו' האחרונו' סי' ל"ד דכיון דמתנת שכיב מרע לא קניא אלא לאחר מיתה נכסיו מיקרי ולא יצאו מרשותו כלל עד שעת מיתה והובא בתשוב' המיי' לס' קנין סימן י"ב עיין שם וכן מצאתי למהר"י וויל בתשו' סי' קע"ה שכ' וז"ל דהתם דהקדש כל נכסיו בשתם איכא לספוקי דדעתו היה בין יחיה בין ימות ומחיים התחיל ההקדש ולא לאחר מיתה אבל בנ"ד דפי' האשה לאחר מיתה בהדיא א"ל שלא התחיל הצדקה מעולם דהנכסים בחזקת היורשים וכולי עיין שם וה"נ כיון דמתנת שכיב מרע לא קניא אלא לאחר מיתה ולא חל מחיים מספק חזרה מוקמי' הנכסים בחזקת היורשים אבל התם דהספק הוא אם אינו יכול לחזור ומחיים התחיל ההקדש ויצאה מרשותו אין מבטלין המתנה מספק כנ"ל :

מ"ה כתב ה' כנסת הגדולה אות ס"ו וזה לשונו דוקא דחזר בו בהדיא אבל אם נתן מתנה לראובן ואחר כך אמר לפלוני אחר אין כאן חזרה דא"ל כל נכסי שהם עתה חוץ ממה שנתן לפל' קאמר אבל אם נתן מתנה לראובן ואחר כך אמר נכסיו לפל' חוץ ממה שנתתי לצדקה ולא פי' גם כן חוץ ממה שנתן לראובן חזרה הוי תשו' דשייכי לס' קנין סי' י"ב ויראה שמפני שאמר כל נכסי אנו מדקדקים כל נכסי שהם שלו עתה אבל אם לא אמר כל נכסיו כגון דמעיקרא נתן לראובן כל נכסיו ואחר כך נתן לשמעון מקצת נכסיו הא ודאי חזרה הוי עכ"ל וליתא דז"ל תשו' מהר"ם לס' קנין ול"ל כל נכסיה דקאמר היינו שהם שלה עדיין וכולי זה אינו חדא מדהוציאה בהדיא מה שנתנה כבר לצדקה מכלל דכל מה שנתנה לאחרים בטלה דומיא לצדקה שנתנה כבר ואפי' מה שנתנה לראובן מקרו כל נכסיה כל זמן שהיא בחיים דכיון דמתנת שכיב מרע לא קניא אלא לאח' מיתה אם כן נכסיה דמקרו וכולי עיין שם ונראה פשוט דל"ל ועוד דאפילו וכולי וכ"ה בתשוב' מהר"ם ב"ב בתשובו' האחרונות סימן ל"ד ובקצרות סימן ר"ו עיין שם אם כן לפי טעם אחרון אפי' לא אמרה חוץ ממה שנתתי לצדקה הוי חזרה דאפילו מה שנתנה לראובן כיון דלא קנה עד לאחר מיתה מיקרו כל נכסיה ובתשו' הקצרות סי' ק"ך כתב טעם זה עיין שם וכן כתב מהר"ם ריקאנטי סימן תקכ"א והביאו ה' אות ע"ז וכתב שם דשמעינן מהכא ס"ל כדעת הרמ"ה דמלוה מחמת מיתה אפי' הקנה בכל הקנאות חוזר בו עיין שם ולא זכר דגם מהר"ם בתשו' דשייכי לס' קנין הכי ס"ל והרא"ש בפי' לנדרים דמ"ג עמוד שני וז"ל שכיב מרע דמחלק כל נכסיו ונתן מקצתן לא' בקנין ואחר כך אמר וכולן לשני א' קנה וכו' וכולן לשני דקאמר קאי גם אמקצת שנתן לא' כי היה בדעתו לחזור בו ממתנת הא' אם היה יכול וכו' דאי וכולן לשני דקאמר היינו מה ששייר מנכסיו שלא נתן לא' א' אמאי קנה וכו' אלא ודאי כשנתן לשני דעתו על מה שנתן לא' הכא נמי דעתו על מה שהפקיר עיין שם אלמא אפילו נתן לא' מקצת בקנין דאינו יכול לחזור בו אפילו הכי כשנתן לשני כל נכסיו דעתו גם על מה שנתן לא' וזה הפך דברי מהר"ם רבו שכ' דדוקא במלוה מחמת מיתה דלא קני עד לאחר מיתה אמרינן דהוי חזרה אפי' ממה שנתן כבר אבל כשלא מלוה מחמת מיתה ונתן מקצת בקנין דקנה לגמרי ודאי דאין דעתו ליתן לשני אלא מה ששייר וכן כתב הרא"ש בפסקיו בפרק מ"ש ובתוספותיו הובא בש"מ שם :

מ"ו דין י"ג שיש לו לחזור וכו' לא הוי חזרה עד דהדר ביה בפי' ואמר לא ניחא ליה בהאי מתנתא א"כ דמוקי' ליה לאחר דאי מסתמא מתנת שכיב מרע דקניא כשמת היכי משכחת לה ליחוש דילמא הדר ביה מוקמי הכי הרמ"ה בפרק מ"ש סי' קל"א עי' שם וכבר הוכיחו כן התוס' בבתרא דקי"ד בד"ה וניחוש וכו' וז"ל וק' לר"י דאם כן כל מתנת שכיב מרע בכולה או מלוה מחמת מיתה ניחוש דילמא הדר ביה וכ"ת הכא נמי וצריך עדים שלא חזר בו עד שמת דהא בסוף פ' קמא דב"מ אמרינן קמא ובתרא בתרא קני וקמא לא קני משמע דאי ליכא בתרא קמא קני אף על גב דלא ידעינן אי הדר ביה ואמרינן נמי דייתקי מבטלת דייתקי וכולי ונראה לפ' וכולי עיין שם וכן כתב הרשב"א והר' יונה והרא"ש בש"מ שם וכהאי גוונא כ' התוס' במציעא דף ס"ו בד"ה התם וכולי דאית לן למימר דאפילו היה יודע שיכול לחזור לא היה חוזר כי היכי דליקו בהימנותיה עיין שם ועי' בס' משחא דרבותא דקפ"ב ועי' במהריק"ו שורש קס"א שהוכיח דלא חיישינן לחזרה והא דאמרינן בפרק קמא דמציעא מלא גטי נשים וכולי הרי זה לא יחזיר שא"א כתובים היו ונמלך עליהם שלא ליתנם שאני התם דאיתרע בנפילה וכן כתב המבי"ט חלק שלישי סי' ק' ע"ש ונעלם מכולם דברי התוס' מיהו ק"ל מדאמרי' ביבמות דקי"ו למאי ניחוש וכולי אי לפקדון כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה מאי אמרת דילמא מסר ליה וכו' ופירש"י דילמא מסר ליה לקנות לו ולא קנו מידו בקנין ושמא יחזור בו וכו' עיין שם אלמא חיישי' שמא יחזיר :

מ"ז דין י"ג שכיב מרע שכתב לא' וחזר וכו' ויש להסתפק בנותן מתנה לחבירו אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה ואחר כך נתגס במתנ' שכיב מרע מי זוכה וראיתי להדרישה בסימן רנ"ב שכת' וז"ל דמלינו גם כן כתובה שאינה טורפת ממשועבדים והיינו כשהם מוקדמים לנשואי האשה ואפ"ה היא גובה ממקבל מתנה שקודם לה וכגון שנותן לה בחייו וא"ל מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר שאמות בכה"ג דינו כמתנ' שכיב מרע לגמרי וכו' ומ"ה גם כן מליא גובה כתובתה ממנו אף שהוא מוקדם והו"ל כאילו מכר מתנתו קודם מיתתו דהוי חזרה וה"ה שעבוד שעבד לאשתו כל נכסיו דהא כבר כתבתי דכתובה דבא לה מתקנת חכמים חיובו חל

עם יציאת נפשו קודם מיתתו עכ״ל משמע דוקא כתובה דחל חיובא עם יציאת נשמתו קודם מיתה הוי חזרה אבל מתנת שכיב מרע דלא חלה עד לאחר מיתה כדאיתא בבתרא דף קל״ז עיין שם אם כן חייל בהדדי ולא דחי׳ מתנה דאורייתא משום מתנת שכיב מרע דרבנן אבל מהריב״ל חלק שני סימן ל״ו כתב במתנה דמהיום אם לא אחזור בי וכו׳ וז״ל ויראה לי דאם אמר כך דיכול ליתן אפילו מתנת שכיב מרע דאפילו דאמרינן בפרק י״נ דאם נתן במתנת שכיב מרע דאחריך קדמו בנ״ד כבר התנה ופי׳ שיוכל לחזור במתנה כל ימי חייו איברא בההיא דכתב הרשב״א בתשו׳ שאמר הרי אני נותן לך כל נכסי מהיו׳ ולאחר מיתה ושיירתי לי במתנה זו שיהא רשות בידי כל ימי חיי וכולי יש להסתפק אם יכול ליתן במתנת שכיב מרע עיין שם גם מהרש״ך חלק שני סימן ר״ט כתב דמתנה דמהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה אם חזר בו בעודו בריא וכתב מתנה לאחרים אין מוציאין ממנה למזון האשה והבנות או כתובת ב״ד דאין גובים מנכסים משועבדים אבל אם חזר כשהוא שכיב מרע ונתן לאחרים מוציאין למזונות ולכתובת ב״ד כדין מתנת שכיב מרע עיין שם הרי דס״ל דיכול לחזור וליתן מתנ׳ שכיב מרע וזכה השני כדעת מהריב״ל ומצאתי להרשב״א בתשו׳ חלק שלישי סימן קי״ד שכתב וזה לשונו ומה שטען עוד דכיון דלא הקנתה להם אלא מה שיהא נמצא לה לאחר פטירתה לא גמרה ליתן להם ולא סלקה רשותה מהם שהרי היא יכולה ליתן במתנה לכל מה שתרצה ולפיכך לא קנו נכסים אלו מעולם בזה אין טענתו כלום שאף על פי שיכולה ליתן ולמהדר מכל מקום כל מה ששיירה הרי הוא למקבל מתנה כדתניא נכסי לך ואחריך לפלוני וכולי ול״ת דוקא כשמכר לצורך אכילה אלא אפילו רצה ליתן במתנת בריא נותן וכדאמרינן התם ומודה רשב״ג שאם נתנם במתנת שכיב מרע לא עשה ולא כלום וטעמ׳ וכו׳ ועוד דהנותן מנכסיו מה שימצא לו לאחר מותו ולא סלק עצמו כל ימי חייו הו״ל כנכסי לך ואחריך לפלוני דיכול למכור וליתן מתנת בריא ולא מתנת שכיב מרע וה״ה במתנה מהיום אם לא אחזור בי כמו שכ׳ הרשב״א בתשו׳ שם ואם כן נראה כמו גבי נכסי לך ואחריך לפ׳ דאם מת הא׳ ובא ב״ח ואשתו לגבות מנכסים אלו אין ב״ד מגבים מהם כלום אפילו עשאן אפותיקי או שיחדן לאשתו בכתובתה דשעבוד לא הוי כמכר כמבואר בסימן רמ״ח עיין שם הכא נמי בנותן מנכסיו מה שימצא לו אחר מיתה או מהיום אם לא אחזור בי לאחר מיתה ושעבד נכסיו לאשתו או לב״ח אין גובים מהם :

מ״ז דין י״ז מתנת שכיב מרע בכולה שנתנה בקנין וכו׳ ה״ד כשהקנין בא באחרונה אבל אם הקנין בא בראשונה והאמירה לבסוף לא אמרי׳ שמא לא גמר להקנות אלא בקנין דאחר אחרון אזלי׳ מהר״ס קאשטי׳ והריב״ש סי׳ קס״ז דחה חי׳ זה בב׳ ידים הכה״ג אות פ״ו עיין שם ונראה טעם מהר״ס קאשטי׳ דהא דאמרינן אין קנין לאחר מיתה כתב רשב״ם דקנ״ב וז״ל דכיון דהוה קני באמירה בעלמא ל״ל לאקנויי בסודר הילכך א״ל מהדר הדר ועקר ממנה כח מתנת שכיב מרע ואינו רוצה שיקנה באמירה אלא בק״ס וכו׳ עיין שם ואם כן ה״ד כשהקנין באחרונה אבל אם הקנין בתחלה והאמירה לבסוף אדרבא אמרי׳ דחזר מקנין ורוצה שיקנה באמירה בעלמא ככח מתנת שכיב מרע אבל הרמ״ה בפ׳ י״נ סי׳ קע״ג כתב וז״ל וכ״ת ואי לא גמר להקנות אלא בשטר אפילו כתבו ויהבו ליה מחיים לא ליקני דמנא מטלטלין הוא ומטלטלין לא מקנו בשטר וכולי ואף על גב דלא גמר להקנותו אלא בשטר לא למעקר תקנתא דרבנן לגמרי קמכוון דלא ליקני באמירה וכו׳ אלא גרועיה גרעיה לקנין דאמירה במקלת דלא תקני אלא בהדי שטרא דאשתכח דכי קני באמירה הוא דקני בתקנתא דרבנן ושטר כתנאה בעלמא דמי כמאן דאתני דלא ליקני עד דמטי שטרא לידיה וכו׳ עיין שם והכא נמי בקנין דחיישי׳ שמא דשמא לא גמר להקנותו עד שיכתוב שטרא כמ״ש הרמ״ה בפ׳ מ״ש סימן קכ״ה עיין שם הוי כתנאי דלא ליקני עד דמטי שטרא לידיה ואם כן אין חילוק בין אם הקנין בתחילה או בסוף ועיין בס׳ בית דוד סימן קל״א שכת׳ דרוב הפוסקים סבירא להו דלא משום חזרה קאמר וגם ל׳ רשב״ם יש לדחות ולפ׳ כן עש״ב :

מ״ח שנתנה בקנין לא קנה וכו׳ נראה דלדעת הרמ״ה גבי מתנה טמירתא דאם המקבל תפס המטלטלין אין מוציאין מידו דספק הוי כמ״ש הטור סימן רמ״ב עיין שם הכא נמי דכוותא ספיקא הוי אלא דאין מוציאין מחזקת היורשים כמ״ש הריב״ש סימן קס״ח והרמ״ה בפ׳ הספינה סימן כ״ח דחששא בעלמא וחומרא לתובע וקולא לנתבע ואוקי ממונא בחזקת מריה עיין שם אם כן אם תפס המקבל אין מוציאין מידו אבל לדידן דקי״ל גבי מתנה טמירתא דמוציאין מיד המקבל כמ״ש שם הכא נמי הכא ומצאתי להרשב״ץ בתשובות חלק שני סימן רע״ב ד׳ כ״ז שכתב וז״ל אבל הראב״ד נראה שהוא סובר בכל ספק דתלמודא דאי תפס לא מפקינן מיניה שהוא דקדק בההיא דפ׳ מ״ש שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה דספיק׳ הוא ואי תפיס לא מפקינן מיניה עכ״ל וא״ל כיון דמתנת שכיב מרע דרבנן וספק שמא לא גמר להקנותו אלה בקנין אפילו תפס הוי בחזקת היורשים וכה״ג כתב מהרש״ג בספר משפטים ישרים סי׳ ל״ו גבי ירושת הבעל דרבנן דמוציאין מיד הבעל מספק דמוקמי׳ הנכסי׳ בחזקת יורשים דאורייתא׳ עיין שם והכא נמי במתנת שכיב מרע שהיא מדרבנן וכן מצאתי למהרא״ב בס׳ לחם רב סימן כ״א שכ׳ בכעין זה וז״ל ואם נפשך לומר אדרבא יש לפרש הלווה בל׳ דמהני לקיימה ולא לבטלה ודמי למ״ש הריב״ש וכו׳ הא ודאי לאו מילתא היא דירושה הוי דאורייתא ומתנת שכיב מרע דרבנן ולהכי מהדרי׳ לקיים הירושה מן התורה ולבטל המתנה שהיא מדרבנן תדע לך דהא בפ׳ מ״ש אמרינן דמתנת שכיב מרע שכתוב בה קנין אמר שמואל שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה והשתא אמאי לא נעמיד ונאמר דהקנין ליפות כח כיון דא״ל הכי וא״ל הכי דהא שמואל שמא קאמר וכו׳ ע״ש וה״כ א״ל דמה״ט אפילו תפס המקבל מבטלין המתנה דרבנן ומקיימין ירושה דאורייתא ודוקא במתנת בריא שהיא דאורייתא היא דאם תפס אין מוציאין מידו ואף על גב דאמרינן בפ׳ מ״ש שט״ח שנתנו במתנת שכיב מרע אין היורש יכול למחול משום דעשאוה כשל תורה כבר כתב מהר״ס מפדווא סימן כ״ד דלא לכל מילי עשאוה כשל תורה אלא למאי דאתמר אתמר והבו דלא לוסיף עלה עיין שם וכן נראה לי ראיה שהרי כ׳ הרמ״ה בפ׳ מ״ש סימן ח׳ גבי שכיב מרע שכתב כל נכסיו ושייר כל שהו וז״ל וכ״ת וכי שייר נמי מה הוי דילמא כי שייר לאו לנפשיה שייר למיסמך עלויה אלא ליורשים הוא דשייר לקיומי ביה נחלה דאורייתא ל״ק דשטר מתנה כיון דמטא לידיה דמקבל מחיי נותן א״כ דקנו מיניה מסתמא מתנה מעלייתא היא ומאן דבעי לאחזוקי במתנה מחמת מיתה איהו

איהו בעי לאתויי ראייה הילכך אי לא שייר דמוכחא מילתא דמחמת מיתה קא יהיב יכול למהדר ביה ואי שייר דלא מוכחא מילתא דמחמת מיתה קא יהיב דהא דא"ל דההוא שירא לנפשיה שייריה אוקי בטרא אחזקתיה וכו' עכ"ל ואם כן הכא נמי במתנת שכיב מרע בקנין אמאי מבטלין המתנה מספק דשמא לא גמר לקנותו וכו' אלא ודאי משום דמתנת שכיב מרע דרבנן מספק מבטלין אותה אבל התם דהספק הוא אם היא מתנת מקלת בה שהיא בקנין מדאורייתא אין מבטלין אותה מספק מיהו ק' גבי הוא אומר שכיב מרע הייתי והם אומרים בריא שאמרו חכמים הממע"ה ע"כ איירי בקנין ואמאי לא אמרינן דמסתמא מתנה גמורה היא וי"ל וכן ראיתי להריטב"א הובא בס' א"ז לכתובות בפ' אע"פ שכתב וז"ל ושמא לא גמר וכולי ואפילו תפס מפקינן מיניה דנכסים בחזקתם כדאמרינן התם הוא מוציא מתחת ידו בלא ראייה והם אין מוציאין מתחת ידו אלא בראייה עכ"ל :

מ"ט הג"ה

וי"א דאם הנותן לא בקש וכו' ה' בתי כהונה בבית וועד סימן י"ז הק' מדאמרי' בפ"ק דמציעא גבי ד' אמות של אדם וכולי התם כיון דנפל עליה גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני ונדחק עיין שם וראיתי בתשו' מהר"י ן' מיגש סימן ק"ו שכ' בא' שאמר לחבירו הרי בקנין שנתתי לך החוב שיש לי אצלך ולא נתן לו שום אדם הקנין אבל הוא מעצמו לקח הואיל הדבר הנתון לא מחוסר משיכה נתקיימה המתנה ונפטר הב"ח מהחוב שאצלו ולא אמרינן הואיל וכוין למחול בקנין גלי דעתיה ובביטול הקנין נתבטלה המתנה ול"ד למ"ש כיון דנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני ליה בד' אמות לא ניחא ליה דהתם ה"ט כיון שגלה דעתו דלא ניחא ליה דליקני ד' אמות אם כן הגי ד' אמות לאו חצרו כלל אבל אם היתה המציאה בחצרו ונפל עליה לא אמרינן כיון שנפל גלי דעתיה לא ניחא ליה דתקנה לו עיין שם אם כן דוקא התם הוי גילוי דעת דקנין ד' אמות לאו חצרו אבל במחילה דסגי באמירה אפילו היה בקנין גרוע לא אמרינן דלא נתכוון להקנות אלא בקנין וכ"כ מהריק"ו סימן יו"ד וז"ל ואפשר כתבת דאפילו למ"ד מחילה אינה צריכה קנין ה"מ כי ליכא קנין אבל כי איכא קנין גרוע גרע טפי דא"ל דלא נתכוון למחול אלא בקנין אין נלע"ד דל"ד כלל להיא מתנת שכיב מרע שכתוב בה קנין עש"ב ואפשר לומר טעמו כמ"ש מהרא"ד"ב בתשובות סי' כ"א וז"ל ואם נפשך לומר יש לפ' הצוואה בלשון דמהני לקיימו וכו' הא ודאי לאו מילתא היא דירושה הוי דאורייתא' ומתנת שכיב מרע דרבנן ולהכי מהדרינן לקיים הירושה מן התורה ולבטל המתנה שהיא מדרבנן תדע לך דהא בפ' מ"ש במתנת שכיב מרע שכתוב בה קנין אמר שמואל שמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה והשתא אמאי לא נעמיד ונאמר דהקנין ליפות כח כיון דא"ל הכי וא"ל הכי דהא שמואל שמא קאמר וכו' ע"ש אם כן דוקא במתנת שכיב מרע דרבנן אמרינן שמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה לבטל מתנת שכיב מרע דרבנן אבל במחילה דאינה צריכה קנין מדאורייתא לא אמרינן שמא לא גמר להקנותו אלא בקנין אבל מדברי מהרא"י בכתבים סי' ר"ל משמע דאין חילוק שכ' וז"ל ומ"ש שקבלו ק"ס שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר וכו' אלא נ"ל לחלק דהתם גבי מתנת שכיב מרע שלאפוקי ממונא קאתי אמרינן שמא וכולי אבל בנ"ד נראים הדברים דהשכיר בקש לקבל קנין וכו' וכוין בקנין זה לעילויי ליה ממון קאתי לא אמרינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ובכל מאי דנקנה לו וניחא ליה או בפעולתיו או בקנין וכולי עיין שם משמע דלאו דוקא במתנת שכיב מרע דרבנן אמרינן הכי דהא התם קנה מדאורייתא בפעולתיו וצ"ל דהא דאמרינן שמא לא גמר וכו' ספיקא הוי אלא דאין מוציאין מחזקת היורש כמ"ש הריב"ש סימן קס"ח עיין שם וכ"כ הרמ"ה בפ' הספינה סימן כ"ח דחששא בעלמא וחומרא לתובע וקולא לנתבע ואוקי ממונא בחזקת מריה עיין שם ואם כן במחילה לא אמרינן שמא לא גמר וכו' להוציא מהנמחל שהוא מוחזק אבל הרשב"ץ בתשובות חלק שני סימן רע"ב כ' בשם הרא"ד שדקדק בההיא דף מ"ש שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה דספיקא הוי ואי תפס לא מפקי' מיניה עיין שם ואם כן הכא נמי אין מוציאין (א"ה עכ"מ והשאר קרוע) :

נ' הג"ה

דאם הנותן לא בקש רק המקבל וכו' וה"ה אם העדים בקשו ממנו הקנין דהוי כמקבל ולא קי"ל הכי אלא אפילו בקש הקנין המקבל לא הוי יפוי כח וכן הסכים מהר"י אלגאזי בס' נאות יעקב סי' ב' ע"ש ועיין בס' בית דוד סימן קל"א :

נ"א נסתפק

מהר"א ן' חסון בספר בית שלמה בסימן מ"ג אם היה הקנין בכליו של מקנה מי אמרינן כיון דהקנין בטל המתנה קיימת א"ד דלאו כ"ע דינא גמירי ושמא הוא סבר דבכליו של מקנה הוי קנין ולא גמר וכו' וכן דעתו נוטה עיין שם וכ"כ מהר"י ן' נאיים בתשובות בס' נוה שלום סי' ס"א ע"ש וכ"ל ראייה מדאמרינן בגיטין סוף דף ט"ל גבי ההיא אמתא דלא קנתא משום דהו"ל כליו של מקנה ופירש"י משום דברי שכיב מרע ליכא דלא נתכוון לשחרר אלא בקנין זו והרי הוא טעות עיין שם בתוספות ובתשובות הרדב"ז חלק שני סימן שכ"ט אלמא אפילו בקנין טעות אמרי' דלא נתכוון להקנות אלא בקנין זה והרשב"א בתשו' ח"ד סימן רי"ז כתב וז"ל שאלת שטר יצא וכתוב בו ושעבדתי לך מקרקעי אגב מטלטלין וכו' תשובה הא קי"ל אחריות ט"ס הוא וכ"ש זה שכבר פי' שהוא משעבדן לו ואע"פ שאמר שהוא משועבדים לו אגב מטלטלין לא גרע משעבוד סתם שאלו לא היה קרקעות משועבדי' מן הסתם אלא אם כן פי' היה בדין לומר שלא נשתעבדו עכשיו שלא שעבדם לו כראוי אבל עכשיו שמן הסתם משועבדי' אף כשאמר אגב וכו' דל שעבוד מהכא הרי נשתעבדו לו ממילא ועוד כי זה ודאי נראה דט"ס דמי איכא מ"ד דלא ידע שאין קונים מקרקעי אגב מטלטלין וכולי ע"ש משמע דוקא גבי אחריות דנשתעבדו מן הסתם אף על גב דשעבדם שלא כראוי אמרינן דל שעבוד מהכא הרי נשתעבדו לו ממילא ועוד דכ"ע ידעי דאין קונין מקרקעי אגב מטלטלין ובודאי ט"ס הוא אבל במתנה דלא קנה ממילא וגם איכא פלוגתא בפ' הזהב אם קונים בכליו של מקנה אף על גב דקי"ל כמ"ד דבעי' בכליו של קונה לאו כ"ע דינא גמירי דאין זה פשוט וכה"ג כ' התוספות במציעא דע"ו ע"ב בד"ה ונתן וכו' עיין שם וא"כ חיישי' שמא לא גמר להקנותו אלא בקנין וכן כתב הרשב"א בתשובות ח"ד סי' רע"ג גבי משאיל לחבירו טבעת לקדש בו אשה וז"ל מאי אמרת אדם יודע שאין מקדש בכלי שאול וגמר ונתן לשם מתנה לא היא חדא דלאו כ"ע האי דינא גמירי וכו' ואינו דומה למקדש אחותו ולא למכיר בה שאינה שלו דבהנך לא טעו אינשי אבל הכא רובא דעלמא טעו בה וכו' עיין שם :

מיהו ק' דהא דאמרי' הכא שמא לא גמר וכו' ספיקא הוי אלא דאין מוציאין מחזקת היורשים כמבואר בתשו' הריב"ש סי' קס"ח וכן כתב הרמ"ה בפ' הספינה סי' כ"ח עיין שם ואם כן גבי עבד שהוא מוחזק בעצמו כמ"ש התוס' בגיטין דף י"ז בד"ה מפני וכו' ואמאי לא קנתה ככר כ' הרב בני יעקב דפ"ח ע"ג דה"ד בספק אם הוא עבד אבל בספק שחרור כיון שהיה עבד ודאי אדרבא הרב הוא מוחזק בשעבודו ועל העבד להביא ראייה להפקיע שעבוד רבו וכן מוכח מדברי התוס' דגיטין דף ח' בד"ה הדר וכו' עיין שם והרב שמחת יום טוב סי' כ"ה וסימן ע"ל הביא ראייה מדברי הירושלמי פרק מי שאחזו גבי האומר מהיום ולאחר מיתה דלר' תנאי הוי ולרבנן ספיקא הוי אף בגט שחרור כן ה"ז גט שחרורך מהיום ולאחר ל"י ע"ד דרבי הר"ז גט ע"ד רבנן אינו גט וק' דהא לענין גט אשה מספ"ל לרבנן אי תנאה הוי אי חזרה הוי וספק מגורשת היא ואם כן גבי עבד אמאי לרבנן אינו גט אע"כ כיון שהיה עבד ודאי וספק אם נשתחרר מוקמינן ליה בחזקת עבד דאיסורא בתר ממונ' גריר וכיון דלענין ממונא מספק אינו יכול להפקיע עצמו משעבודו אם כן הוי עבד גמור אף לענין איסורא אזלי' בתר חזקה ותשיב כמי שלא נשתחרר כלל ומותר בשפחה ואסור בבת חורין עיין שם ולכאורה ק' ממ"ש הטור י"ד סימן רס"ז האומר עשיתי פ' עבדי בן חורין והוא אומ' לא עשאני בן חורין חיישינן שמא זיכה לו שטר שחרורו על ידי אחר וכתב הרמ"ה דאם רצה האדון לחזור בו אינו יכול וכופין לו לכתוב גט שחרור וכתב מרן הב"י דדייק דקאמר חיישינן כלומר חששא בעלמא היא וגהי דמהני לאפקועי ממונא מגילא מהני לאפקועי איסורא עי' שם ואמאי לא אמרינן כיון דחששא בעלמא היא מספק לא מפקעי' ממונא והוא בחזק' עבד ואיסור' בתר ממונא אזיל ומלאתי למהר"י בן מיגש בתשו' סי' ק"ו שכ' במי שאמר לחבירו הרי בקנין שנהתי לך החוב שיש לי אצלך ולא נתן לו שום אדם הקנין אלא הוא מעצמו לקחו הואיל הדבר הנתון לא מחסר משיכה ונתקיימה המתנה ונפטר הב"ח מהוב שאצלו ולא אמרינן הואיל וכוין למחול בקנין גלי דעתיה ובביטול הקנין נתבטל המתנה ול"ד למ"ש כיון דנפל גלי דעתיה בנפילה ניחא דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני דהתם ה"ט כיון שגלה דעתיה דלא ניחא ליה דליקני ליה ד"א אם כן הני ד"א לאו חצרו כלל אבל אם היתה המציאה בחצרו ונפל עליה לא אמרי' וכו' עי' שם וכן כתב מהרא"ח חלק ראשון סי' ע"ז והביאו ה' כנסת הגדולה בסימן רמ"ה הגב"י אות ל"ה דאם מחל חוב בקנין או שנתן דבר המופקד ביד המקבל לא אמרי' שמא לא גמר להקנות אלא בקנין ואין קנין קונה בטעות ע"ש :

נ"ב הג"ה הקנה לו מטלטלין אג"מ לא קנה וכולי לכאורה קשה בסי' רמ"ו כת' הכותב כל נכסיו לאחד מבניו בין שהיה בריא בין שהיה שכיב מר' לא עשאו אלא אפטרופוס ואם כ' לו מטלטלין אג"מ או שהקנה לו בקנין קנה והם דברי הרשב"א עצמו סימן תקנ"ח והובא בב"י שם ומשמע דמיירי בשכיב מרע ואפי' הכי קנה באגב והסמ"ע פירש דברי הרשב"א דאם דעת הנותן ליתן במתנת שכיב מרע אין צריך להקנות אג"מ אלא ודאי גלה דעתו שלא נתן המטלטלין במתנת שכ"מ אלא שיקנה מיד בחייו אג"ק ולזה אמר הטעם דלא קנה כיון דקודם מותו עדיין הקרקעות של הנותן שלא קנאו עד לאחר מיתה ואין אדם מקנה אג"ק אלא כשקנין ב' באו כאחד והגיה בדברי רמ"א תיבת נותן במקום מקבל עיין שם ואם כן בכותב כל נכסיו לבנו מטלטלי אג"מ א"ל דהקנה לו הכל יחד אחר מיתה במתנת שכיב מר' וצריך להקנות אג"ק לגלות דלמתנה נתכוון ולא לאפטרו' ומהריט"א בספר קהלת יעקב דף ח' חקר אם קנין אגב לא שייך אלא כשמקנה לו המטלטלין והקרקעות בשעה א' אבל א"ל קנה קרקע זה מעכשיו וקנה מטלטלין אגבו לאחר שלשים יום לא קנה והביא תשו' הרשב"א זו דבעי' קנין קרקע ומטלטלין כאחד כדברי הסמ"ע ע"ש באורך ונראה הדין אמת דבעי' קנין שניהם כאחד דבפ' המוכר את הספינה דאמרי' אם קדם המוכר וכתב שטר ללוקח כאותה ששנינו כותבין שטר ללוקח כותבין שטר למוכר אף על פי שאין לוקח עמו כיון שהחזיק זה בקרקע נקנה השטר בכל מקום שהוא כ' הנ"י שם ור' יונה בעליות הובא בש"מ דאי בשטר הקנאה במתנה איך קונה השטר אגב חזקה דהרי הקרקע כבר שלו משעה א' והמחזיק בשדה שכבר היא שלו מקודם לכן ודאי אינו קונה נכסים שאין להם אחריות אגב אותה חזקה וכן כתב הרשב"א בחיד' לקידושין דף כ"ז עיין שם מה שתירץ ושטה שלא נודע שמה והרמ"ה בפ' ג"פ סי' ט' כ' וז"ל וכי תימא מ"כ אי קנה לוקח מעיקרא לארעא בחליפין כי מקני ליה לבתר הכי שטרא אגב האי ארעא אמאי קנה הא בעידנא דאקני לארעא ניהליה לא אקני אגבה ול"מ והשתא כי מקני ליה שטרא אגבה לאו כלום הוא דאגב ארעיה דלוקח קא מקני ליה ולא מהני אגב אלא היכא דאתי הקנאה בקרקע ובמטלט' בהדי הדדי לעולם אימא לך היכא דקני לחודיה קני ושאני הכא כיון דהאי קנין לאו מדעתי' דלוק' הוה נהי דאהני ליה ללוקח דאי ניחא ליה ללוקח בהאי זביניה לא מלי מוכר למהדר ביה ואיגלאי מילתא דמכי קנו מיניה דמוכר קנה לוקח אלא כיון דאי בעי לוקח למימר לא ניחא ליה בהני זביני לא קנה וכו' והרי איתברר לך דאהני ליה הך חזקה לקיומיה לזביני קנין גמור דלא מלי לוקח למהדר ביה ומגו דאהני להכי אהני נמי לאקנויי ליה שטרא אגב ארעא דהא עד השתא לא קני לוקח לארעא קנין גמור עכ"ל הרי דסביר"ל לרבותא דבאגב בעי' שיקנה המטלטלין והקרקע כאחד אלא דהרמ"ה ס"ל דהתם במכר כיון דהלוקח יכול לחזור ולא קנה קנין גמור עד שהחזיק בו מגו דמהניא הך חזקה להכי אהניא נמי למקני מטלטלין אגבה אבל ר' יונה והרשב"א והנ"י ס"ל כיון שנתרצה והחזי' וקנה למפרע לא מהני אגב כמבואר בדבריהם שם אבל במתנה או במכר מדעת הלוקח שא"ל קני קרקע מעכשיו וקני מטלטלין אגבו לאחר שלשים יום לכולי עלמא לא קנה המטלטלין מיהו קשה על הסמ"ע דאם דעתו להקנות מטלטלין בחייו אג"ק בלאו הכי לא קנה בקנין סודר ול"ל טעמא דקרקע עדיין של נותן ועוד דהרשב"א בתשובו' ח"ב סי' ר"ע כ' וז"ל ומ"ש בשכי"מ שנתן מטלטלין אג"מ שמתנתו בטלה כההיא דאמרי' במתנ' שכיב מרע שכתוב בה קנין האמת אמרת דה"ה והוא הטעם שאין אגב לאחר מיתה והוא שנתן במתנת שכ"מ כלומר לאחר מיתה וכשלא אמר במייפה את כחו עכ"ל הרי דס"ל דאין דעתו להקנות לו אלא לאחר מיתה ולכך לא קנה דאין אגב לאחר מיתה גם לשון רבי' ירוחם נתיב כ"ד דף ע"ח ע"ד בשם הרשב"א דמאחר שאינו קונה אלא לאחר מיתה אז הקרקע אינו שלו ונמצא מקנה אגב קרקע שאינו שלו עיין שם מיהו קשה שהרי הרשב"א כ' הטעם שאין אגב לאחר מיתה דומיא דאין קנין לאח"מ וכ' רשב"ם דקנ"ב וז"ל דכיון דהוה קני באמירה בעלמ' וכו' ל"ל לאקנויי בסודר הילכך אפ"ל מהדר הדר ועקר

ממנה

ממנה כח מתנת שכיב מרע ואינו רוצה שיקנה באמירה בעלמא אלא בקנין סודר וכולי ומקנה בסודר אין קנין תופס שלא נתכוון אלא לאחר מיתה ומיד כשמת נפלו נכסים קמי יורשים ותו לא חיילא מתנתו עיין שם וה"נ כיון דסגי באמירה בעלמא בלא אגב למה ליה להקנות באגב א"ל דחזר בו ועקר כח מתנת שכי"מ ואינו רוצה שיקנה באמירה אלא באגב לאחר מיתה והרי נפלו נכסים ליורשים ולא חלה מתנתו ואם כן ל"ל טעמא דאין אדם מקנה אג"ק שאינו שלו ומינה קשה על הסמ"ע דאם כן במתנת שכיב מרע בקנין נימא כיון דסגי באמירה והקנ' בקנין גילה דעתו שלא נתן במתנת שכי"מ אלא שיקנה מיד בחייו ואמאי לא קנה :

ומ"מ נראה טעם הרשב"א עצמו כיון דסגי באמירה בעלמא בלא אגב אמרי' דעקר כח מתנת שכי' מרע ואינו רוצה להקנות באמירה אלא באגב אחר מיתה וכבר נפלו נכסים ליורשים ולא חלה מתנתו כמו דאין קנין לאחר מיתה נהאי טעמא ואם כן בכותב כל נכסיו לבנו מטלטלין אג"מ א"ל דלא עקר כח מתנת שכי' מר' וצריך לקנין אגב לברר דלמתנה גמורה נתכוון ולא לאפט' מיהו קשה ממה שכ' מרן בסי' רמ"ח וז"ל הנותן לחבירו כל נכסיו מטלטלין אג"מ וכולי והיו לו שט"ח אם מתנת שכיב מרע היתה קנה דשטרות בכלל נכסים הם וכולי עיין שם הרי דשכי"מ מקנה באגב אבל ראיתי למהרש"ג בספר משפטים ישרים סוף סימן ל"ד בלוואה שכתוב בה וכל שאר נכסים מקרקעי ואגבן מטלטלין וכו' הכל נתתי במתנה וכו' דלא קנה המטלטלין כמו שכ' הרשב"א עיין שם הרי דס"ל דאפילו נתן כל נכסיו בנתינה א' לא קנה המטלטלין וראיתי למהר"ש דוראן בספ' חוט המשולש סי' שכת' דלא אמר הרשב"א אלא דהקדים מתנת הקרקעות ואגבן נכסיו אבל אמר ונתתי כל נכסי מקרקעי ואגבן מטלטלין משמע שכלל כל נכסיו בנתינה א' ובשעה א' תחול המתנה עיין שם ובזה ניחא הך דסימן רמ"ו וסי' רמ"ח שנתן כל נכסיו ושוב נדפס ספר משחא דרבותא וראיתי לו שכתב הרב די"ב דהרא"ש חולק על הרשב"א וסבירא ליה דמתנת שכיב מרע קונה למפרע משעת נתינ' ואם כן שפיר קונה המטלטלין באגב אבל הרשב"א ס"ל דאינו קונה למפרע עיין שם ובאמת שכן מבואר בדברי התוספו' והרא"ש ספ"ק דגיטין גבי הולך מנה לפ' וז"ל ואף על גב דלא קני אלא לאחר מיתת הנותן אפי' הכי קונה אף ע"פ שמת המקבל בחיי נותן וכו' משום דדברי שכיב מרע לענין לקנות לאחר מיתתו חשובים ככתובים וכמסורים למפרע משעת נתינתו והרשב"א בחידושיו שם כ' דאין צריך לזה עיין שם משמע דמודה במתנת שכיב מרע דקנה למפרע ועיין בהריב"ש סי' שמ"ו ואפי' הכי לא קנה באגב כמו בקנין וזה לשון הרא"ש בפרק מ"ש מ"ד אקנין אף על פי שנעשה הקנין מחיים לא אמרינן שיחול הקנין למפרע כיון דאחר גמר מיתה אינו ראוי להקנות וה"ט דשמואל דכיון דמתנת שכיב מרע לא בעי קנין והוא הקנה לו היה בדעתו שלא הקנה מתנת שכיב מרע בזמנה אלא בקנין ואז הוא אינו ראוי לקנין וכולי עיין שם אלמא אף על גב דמתנת שכיב מרע קונה למפרע והקנין נעשה מחיים אמרינן דדעתו שלא תחול המתנה אלא לאחר מיתה בקנין וכיון דבשעת חלות המתנ' אין ראוי לקנות לא קנה והכא נמי דכוותה באגב ואי אמרינן דמתנת שכיב מרע במקצת דינה כמתנת בריא דוקא לענין שצריך קנין אבל לענין כסף ומסירה או מעמד שלשה דינה כמתנת שכיב מרע כמו שדקדק הרב כנה"ג בסימן זה אות מ"א מדברי הטור עיין שם ניחא דהתם כיון דשייר ליורשים חמשה זהובים הוה ליה מתנת שכיב מרע במקצת ודינה כמתנת בריא לענין שצריך להקנותו המטלטלים אג"ק אבל הוכחתי בדין ד' (אמר המגיה עד כאן מגלאתי) :

נ"ג כתב הרב בית דוד סי' קכ"ג במתנה שכתוב בה אני נותן כל הנכסים שיש לי כסף וזהב וסחורות וחובות בשטר וחובות בע"פ ומעות בעין ומטלטלין וחזקות בתים מתנה גמורה מהיום ולאח' מיתה כל אחד כדינו הקרקע כחזקה ובק"ס ובשטר ומטלטלין במשיכה המעות בעין באגב דא"ק והלואות בע"פ במעמד ג' והלואות בשטר בכו"מ הכל וכו' וז"ל כיון שאמר הכתי' בחזקה וכו' ולא עשה אותם הקניינים באותה שעה אם כן בהכרח שאותם הדברים הם הבטחה לעשות וכו' וא"ל דכוונתו להקנות בשתיהם וכו' וכמ"ש הריב"ש סי' שמ"ה וכו' וא"כ גם בנ"ד אף על פי שלא עשה אותם הקנייני' מכל מקום יקנה בקנין ושטר זה הקרקעות והמטלטלין וכו' חדא דלא אמר הריב"ש הלשון בענין זה אלא כדי שיהא בטל השטר מעיקרו אבל בנ"ד אינו בטל כלל אם יעשה אחר כך אותם הקניינים ואם אחר כך חזר בו או שלא הספיק לעשותם אין זה מבטל השטר וכו' ועוד דכיון שפי' שהוא מקנה לו באותם הקניינים עקר קנין ושטר זה כדאמרינן בפרק מ"ש גבי שכיב מרע שאמר קנו ממני או כתבו לו שטר דעקר בזה דין מתנת שכיב מרע כמ"ש רשב"ם שם וא"ל דדוקא בשכיב מרע הוא אבל בבריא כנ"ד לא אמרי' דעקר חדא דאין טעם לחלק ועוד וכולי עיין שם באורך ונראה שיש טעם לחלק בין מתנת שכיב מרע לבריא כמ"ש מהרא"ד"ב בס' לחם רב סי' ר"א וז"ל ואם נפסק לומר אדרבא יש לפרש הלוואה בל' דמהני לקיימה ולא לבטלה ודמי למ"ש הריב"ש וכו' הא ודאי לאו מילתא היא דירושה הוי דאורייתא ומתנת שכיב מרע דרבנן ולהכי מהדרי' לקיים הירושה מן התורה ולבטל המתנה שהיא מדרבנן תדע לך דהא בפרק מ"ש במתנת שכיב מרע שכתוב בה קנין אמר שמואל שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה והשתא אמאי לא נעמיד ונאמר דהקנין הוא לייפות כח כיון דא"ל הכי וא"ל הכי דהא שמואל שמא קאמר וכולי עיין שם אם כן זה טעם נכון לחלק בין מתנת שכיב מרע למתנת בריא דדוקא מתנת שכ"מ שהיא מדרבנן מהדרינן לקיים הירושה דאורייתא ולבטל המתנה שהיא מדרבנן אבל במתנת בריא שהיא מדאורייתא מהדרינן לקיי' המתנה ועוד דמתנת בריא מחיים חיילא קודם הירושה מספק מהדרי' לקיים המתנה ולבטל הירושה מאח"כ מתנ' שכיב מרע דלא חיילא עד לאחר מיתה וכהאי גוונא אמרי' בפ' י"נ דאלמנתו ניזונת ממתנת שכיב מרע דרבנן ק"ו מירושה דאורייתא אבל ממתנת בריא אינה ניזונת מה"ט דמתנת שכיב מרע דרבנן ומתנת בריא דאוריי' או משו' דמתנת בריא קונה מיד ומתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה כמ"ש בסי' רכ"ב עיין שם והכא נמי א"ל דמתנת שכיב מרע שהיא מדרבנן ואינה הויא אלא לאחר מיתה וגרועה מירושה דאורייתא מהדרינן לקיים ירושה דאורייתא ולבטל המתנה אבל מתנת בריא דקנה מחיים מדאורייתא ועדיפא מירושה מהדרי' לקיים המתנ' ולבטל הירושה וכהאי גוונא כתב ה' פני משה חלק א' סי' ל"א דהריב"ש סי' ק"ס שכ' דהיורש חזקתו ברורה והמקבל שבא לזכות מכח הלוואה הוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ה"ד במתנת שכיב מרע משום דקדמה

ירושת

ירושת היורש דעת גמר מיתה הוא יורש ומתנת שכיב מרע לא חלה עד לאחר מיתה וכן בכל מקום דאמרינן דמקבל מתנה הוי מוציא חבירו לגבי ירושה ה"ד במתנ' שכיב מרע דהוי היורש מוחזק אפילו הנכסים הם ביד שליש אבל במתנת בריא דמיד יצאו הנכסים מחזקת נותן אם המטלטלין ביד שליש מספק יחלוקו עיין שם באורך וכעין זה כתב מהר"י ווייל סי' קע"ה באלמנה שלא נשבעה על כתובתה וצותה לתת מנכסיה לצדקה וז"ל ואם נפשך לומר כיון באמירה האשה לתת לצדקה אם כן הוי כמו איסור וספק איסור לחומרא כדאמרי' בפרק מ"ש שכ"מ שהקדיש כל נכסיו (א"ה עכ"מ) :

נ"ב דין י"ח כגון שאמר אף כתבו לו וכולי לאו דוקא שהקדיש נתינת מנה קודם אף כתבו לו אלא ה"ה אף כתבו ותנו וכו' הוי יפוי כח מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סימן ע' עיין שם וכן ל' הרי"ף בתשובות סימן ב' ואם. א"ל אף כתבו וחתמו ותנו הרי זה כמייפה את כחו עיין שם וכן מבואר בבתרא ריש דף קל"ו וכן כתבו התוספות בר"פ את"פ בד"ה מתנת שכיב מרע וכו' בס"ד עיין שם ועיין בהג"י בפ' י"ן גבי כותב נכסיו לאשתו דלא עשאה אלא אפטרופוס ומ"ש מרן עוד שם דאפשר דה"ד במתנת קרקע דנקנה בשטר אבל במטלטלין לא שייך למימר לא גמר להקנות אלא בשטר כיון דאין המטלטלין נקני' בשטר אם כן אפי' אמר כתבו ונתנו ולא אמר אף כותבים ונותנים עיין שם ז"ל הר' יונה בש"מ לבתרא דקכ"ב ע"ב ול"ש מטלטלין ול"ש הלואה לא קנה דאכולה מילתא קאמר שמואל שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר בין אמטלט' בין דהלואה ואע"פ שיש לחלק ולומר דכיון שאין המתנה נקנית בקנין לא אמרינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר לאו מילתא דמ"מ עיקרה ממתנת שכיב מרע דשמואל אכולה מילתא קאי וכו' וזה שלא כתבו הגאונים וכו' דלא משכחת לה אליבא דהילכתא שתקנה מתנת שכיב מרע שכתוב בה קנין אפי' לאחר מיתה אלא במייפה את כחו לא במטלטלין ולא בהלואה עכ"ל :

נ"ג כגון שאמר תנו אף כתבו וכו' אבל מי שאמר קנו ממני בכל יפוי כח או כתבו בכל יפוי כח אינו כלום הרשב"ש סימן מ"ג ע"ש :

נ"ד כתב המבי"ט ח"א סימן נ"ט דוקא כתבו ותנו שתלה הנתינה בכתיבה הוא דאמרי' דלא גמר להקנותו אלא בשטר וכו' אבל כתבו וחתמו כוונתו הוא לזכרון ולראייה בעלמא ואין נראה כן מדברי מהריב"ל ח"א סימן נ"ט ומהרשד"ם חיו"ד סימן קע"ג עיין שם הכנה"ג אות כ"ז עיין שם וכן מרן בתשובות בס' אבקת רוכל סימן ס"ט בצוואה שכתוב בה וכך א"ל הוו עלו עדים וכתבו וחתמו וכו' עיין שם גם הרשב"ץ ח"ג סי' קס"ז בשכ"מ שאמר לא' כתוב מה שא"ל לך כ' דהמתנה בטלה לפי שא"ל כתוב וכולי עיין שם :

נ"ה כגון שאמר וכולי יש להסתפק בשטר דמתנה שכתב בסוף וקנינו וכו' מי אמרי' אפילו יש קנין כיון שכתוב וכו' א"ל שהיה קנין ביפוי כח ולא אמרי' שהיה קנין בלא יפוי כח להבטל המתנה כי מסתמא העדים עשו כהוגן דאין קנין לאחר מיתה ומהריב"ל ח"א סימן ק"ה כתב גבי אסמכתא כיון דכתוב בשטר וקנינא וכולי וכבר נהגו הסופרים לכתוב בשטרות וקנינו בקנין דלא כאסמכתא ובב"ד חשוב וכולי דודאי כשכתב וקנינא וכו' אכולה מילתא קאי עיין שם משמע דוקא משום דכבר נהגו לכתוב בשטרות כן אמרינן דהוי אסמכתא ומבטלין השטר והכא נמי דכוותא אמרינן דהיה הקנין בלא יפוי כח ובטלה המתנה ושוב ראיתי בתשובות מהר"ש דיבוטון סימן כ"ה שכ"כ בפשיטות עיין שם :

נ"ו דין כ"ד א"כ קנו מידו וכו' דגבי בריא כיון דאהני ליה כתיבת השטר לדין קדימה לא אמרי' שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר אלא ודאי לייפות את כחו ועוד דשכ"מ כיון דלא מקני אלא באמירה חיישי' שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר והא דאקני ליה באמירה משום דא"א להקנות בשטר אלא ע"י אמירה אבל בבריא דלא מקנה דרך מתנה באמירה גרידתא כי קנו מניה והדר ואמר כתבו ליכא למיחש שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר דאם כן ל"ל למיקני מניה ליקני ליה בשטר גרידא אלא לאו ש"מ דמכי קנו מניה גמר ומקני ליה ושטר לראייה בעלמא הוא דאיצטריך ליה הרמ"ה בפרק י"ג סימן קע"ד עיין שם ולפ"ז נראה דה"ד בקרקע דשייך דין קדימה ויכול להקנותו בשטר אבל אם נתן לו מעות או מטלטלין בקנין אגב קרקע ואמר כתבו ותנו דלא שייך ה"ט חיישינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר וכן כתב הרמ"ה שם סימן קע"ג עיין שם ועיין בספר בני יעקב דל"ו ע"ד שכתב דאם נתן לעניים בקנין ובשטר ונמצא את"ך ריעותא בקנין או בשטר אפשר דה"נ אמרי' דלא גמר להקנותו אלא בשטר ובקנין ובזה יש לפקפק עיין שם ולדברי הרמ"ה נראה פשוט דאפי' בריא (אמר המגיה עד כאן מצאתי :)

נ"ז דין נ"ה וקנו מידו כדי ליפות את כחו וכולי כתב המ"מ דמיירי במתנה כל נכסיו אבל במקצת זכה כיון שיש קנין עיין שם והרדב"ז ח"ג סימן תקמ"ז דחה דברי המ"מ והביא ראייה דהרמב"ם סבירא ליה דלא זכה בקנין עד שיגיע שטר לידו מדכ' בפ"ט מה' זכייה וכן מי שכתב שט"ח על עצמו בשם אחר וכו' משמע דאין אחר עמו דבשטר אקניית' מיירי דהא קי"ל דאין כותבין ללוה כשאין מלוה עמו אלא בשטר אקניית' ואפ"ה אם לא פי' לשלים מה יעשה אינו כלום אף על גב דאיכא קנין עיין שם :

איברא שכן הוכיח בעל התרומות סוף שער נ"ב מדברי הרמב"ם עש"ב אבל לא ראה הרב מ"ש הרא"ש בתשובות כלל פ"ו סס"י ג' וז"ל ומ"ש ראייה ממ"ש הרמב"ם שכ' וכן מי שכתב שט"ח על עצמו וכו' וראיתה לדמות שטר מתנת בריא בקנין לשט"ח אין הנדון דומה לראייה שכותבי' שטר ללוה אע"פ שאין המלוה עמו ושמא כתב ללוות ולא לוה אבל במתנה בקנין מיד שהקנה זכה המקבל וכו' והביאו הטור ס"ם זה עיין שם וכתב הפרישה וז"ל ונראה דאפי' כתב לו שט"ח בהקנאה גמורה אינו כלום מה"ט דילמא הכינו ללוות עליו ולא לוה ולא אמרי' דבשטר אקנייתה זכה משעת הקנין לכ"ע אלא כשלוה לבסוף ומסרו לידו דלא מחשב מוקדם כמ"ש רבי' בסימן ט"ל ורל"ח וכו' והשתא א"ש דמסיק וכתב אבל במתנת בריא בקנין וכולי דמשמע דוקא במתנת בריא ובקנין מהני דכיון שהקנה לא שייך חזרה ולא חיישי' נמי שמא על תנאי הקנה כיון שמסרו ליד שליש וליכא מגו דאי בעי קלייה מש"ה קני הא בשט"ח אפי' בקנין לא מהני עכ"ל אבל הב"ח כתב דמיירי בלא קנין גם הש"ך בסי' נ"ו סקכ"ז חלק על הסמ"ע דבקנין לא חיישי' שמא כ' ללות ולא לוה אלא שהרמב"ם מיירי בלא קנין עש"ב :

ומ"מ הרי הרא"ש והטור סבירא להו בדעת הרמב"ם דבקנין אפי' לא הגיע השטר לידו קנה וכן פ' הרדב"ז עצמו חלק שלישי סימן תקס"ב שכן דעת רוב הפוסקים

הפוסקים וכמ"ש המ"מ וכן פסק מרן בסי' ע"ל וסימן ס"ה עיין שם באורך וכבר הריב"ש בסימן קס"א הוכיח שכן נראה דעת הרמב"ם שכתב בפ"ח מהלכו' זכייה אל תטעה בשכ"מ שכתב כל נכסיו ופי' שנתן הכל מעכשיו והקנה מחיים וכולי שאם הגיע השטר ליד המקבל או שקנו מיד הנותן קנה וכולי משמע דאם קנו מידו אין צריך שיגיע השטר ליד המקבל עיין שם וכ"כ הריטב"א בתשו' והובא בב"י סי' רמ"ג ושוב ראיתי להר"ן בתשו' סי' ל"ה שכ' דכל שלא בא השטר ליד המקבל לא זכה במתנה וכן דעת ר"ח וה' אלפס והרמב"ם ע"ש והמבי"ט חלק שני סימן קמ"ג פסק דבקנין אפילו לא הגיע השט' לידו אלא שכתב דהמוחזק יכול לומר קי"ל כהרי"ף דלא זכה בקנין אם לא הגיע השטר לידו עיין שם והש"ך בס' תקפו כהן סימן ז' כת' דלא ראה כמה פוסקים דס"ל דזכה בקנין ואין המוחזק יכול לומר קי"ל עי' שם באורך וגם הוא לא ראה תשו' הר"ן שכ' דכל שלא בא השטר ליד המקבל לא זכה במתנה וכן דעת ר"ח ורב אלפס והרמב"ם וכן כתב הרשב"ץ חלק שלישי סימן ב"א דף ס"א עמוד ג' והרשב"ש סי' תפ"א דהרמב"ם ס"ל כר"ח והרי"ף עיין שם וכבר הרב פני משה חלק ראשון סימן ס"ד תי' דברי הרמב"ם פ"ח מהלכות זכייה לדעת הר"ן והנ"י עיין שם באורך ואם כן בודאי יכול המוחזק לומר קי"ל כר"ח והרי"ף והר"ן וכן דעת הרמב"ם לדברי בעל התרומות והר"ן והנ"י והרשב"ץ והרשב"ש וכ"כ המבי"ט חלק שלישי סי' ל"ט וסי' ק' בא' שהקדיש והניח השטר בידו דנראה דלא רצה שיחול ההקדש עד שימסור השטר וכדאמרינן בשכיב מרע שדבריו ככתובים וכמסורים דמו אם אמר כתבו שמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה והכא נמי שמא לא גמר להקנות אלא בשטר והרא"ש שכתב במתנה בקנין דאין צריך שיגיע השטר לידו ה"ד כשלא צוה שיכתבו שטר ויתנו לידו אבל אם נטל קנין ואמר כתבו ותנו לידו גם במתנה אמרי' דלא גמר להקנות אלא עד שימסור השטר אבל ר"ח והרי"ף והרמב"ם סבירא להו דבעי' שיגיע השטר לידו כמ"ש הרשב"ץ בס' כתובה וכ"כ רי"ו נע"ו חלק ראשון עיין שם הרי שכתב דהרמב"ם סבירא ליה כר"ח והרי"ף כמ"ש הרשב"ץ ור' ירוחם ואף שבתשובו' חלק שני סימן קמ"ג לא זכר רק דברי הרשב"א שכ' דנר' דעת הרמב"ם דזכה בקנין מכל מקום ודאי דיכול המוחזק לומר קי"ל כר"ח והרי"ף וכן כתב מהרח"ש חלק ראשון סימן ט' דיכולים היורשים לומר קי"ל כר"ח והרי"ף עיין שם ובסי' כ"ב האריך בזה עיין שם :

מיהו הרא"ש בתשו' והביאו הטור בסי' רמ"ג שכתב וז"ל ודאי שטר הנמצא ביד הנותן אם אין עדי הקנין קיימים ויש טוען הנותן שעל תנאי קנו מידו ולא נתקיים התנאי אפשר דהוה מהימן במגו דאי בעי קלייה ליה לשטר' כל זמן שלא הוחזק בבית דין וכו' עיין שם אלמא אף על גב דקנה בקנין אם הוא בידי הנותן ואין עדי הקנין קיימי' נאמן הנותן לומר דעל תנאי קנו מידו ולא נתקיים התנאי וא"כ נר' דהכא נמי טוענ' ליורשיו כן וכן כתב הרמ"ה בפרק י"ג סי' יו"ד וז"ל האי מתני' לא מיתוקמא אלא בשטר שאין בו קנין דלא קני עד דמטא שטר' לידיה וכו' אבל בשטר שיש בו קנין איכא לפלוגי דאי כותב כל נכסיו הוא דסתמיה מחמת מיתה ואל"ל במלוה מחמת מיתה בפי' דיכול לאקנויי באמירה בעלמ' כי קנו מידו נמי כל שכן דחיישי' שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה וכל היכא דלא מטא שטרא לידיה מחיים ולא זיכה ליה על ידי אחר לא קניא אלא היכא דגלי דעתיה במייפה את כחו הוה כדבעי' למימר לקמן ואם מתנת שכיב מרע במקצת היא אי נמי מתנת בריא דבעי קנין ומכי קנו מניה קנה ואף על גב דלא מטא שטר' לידיה בהא כיון דלא נפיק שטר' אלא מתותי ידיה דנותן חיישינן דילמא כי קנו מניה על תנאי הוא דקנו מניה ואכתי לא איקיים תנאיה הילכך אי איתנהו לסהדי דחתימי לשטרא משיילי' להו אי נסהדו דכי קנו מניה סתמא הוא דקנו מניה ולא אקנו מידי דלא כתוב בשטר' קני דמעידנא דקנו מניה גמר ומשעבד נפשיה ושטר לראייה וכו' ואי ליתנהו לסהדי דשטר דלישיילינהו אי נמי איתנהו ולא דכירי אי קנו מניה על תנאי ואי לא חיישינן דילמ' על תנאי הוא דקנו מניה ולא אקיים תנאיה ולא קני וכו' ואי משום דחתימי עליה סהדי בלא תנאי לאו ראייה היא דכיון דקי"ל דעדים שאמרו תנאי היה דברינו כי אין כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמני' מסתמא נמי כי נפיק שטר' מתחת ידי נותן ואומר על תנאי הוה מהימן וכיון דאלו הוה איתיה לנותן מחיים והוה טעין דעל תנאי קנו מניה ולא איקיים תנאיה הוה מהימן מגו דאי בעי קלייה כי מת נמי טעני' להו ליתמי מאי דהוה יכול אבוהון למיטען וכו' וה"מ בשטר' דאשתכח ברשותיה דנותן דאיכא טעמא דטעני' להו ליתמי מאי דהוה יכול אבוהון למיטען ועוד מדאשתכח ברשותיה מוכחא מילתא דכתב ליתן ולא נתן א"כ על תנאי הוה אבל המוציא שטר מתנה בשוק אי אית ביה קנין א"כ כתוב בו הנפק יחזירנו לבעלים וכולי עכ"ל מבואר דס"ל דבמתנה כל נכסיו בקנין ליפות כחו קנה מיד אפילו לא הגיע השט' לידו ואי מתנה במקצת היא או מתנת בריא חיישי' שמא על תנאי היה הקנין ולא נתקיים התנאי ואם כן אפשר דגם הרמב"ם איירי בהכי במתנה במקצת וה"ט דלא זכה המקבל משום השטר יוצא מתחת יד הנותן ומוכח' מילת' דעל תנאי היה וטועני' ליורשים כן אבל אם יש עדים דלא היה תנאי קנה וה' בני אהרן סימן ע"ג כ' דל"ע אם טועני' ליורשים כן מאחר שאביהם לא היה נאמן אלא מכח מגו עיין שם והרב כנסת הגדולה בסי' ק"א אות מ"ו הביא מ"ש מהרימ"ט דאין טועני' ליורשים אם לא היה אביהם נאמן אלא במגו וכת' וז"ל ואני מצאתי להריב"ש בתשוב' בסימן תל"א דטוענים ליורשים דילמא התנה אביהם בשעת הלואה שלא תשמטנו שביעית והיה נאמן במגו דאי בעי אמר פרוזבול היה לי ואבד ואולי התם שאני דחזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסור' מסייעא לטענת המגו וכולי עיין שם וכבר כתבתי דברי הרמ"ה דסבירא ליה דטעני' ליורש תנאי היה כיון שאביהם היה נאמן במגו והתוס' ריש גיטין בד"ה ואם וכו' כ' דאפי' ליורשים מזוייף טעני' להו פרוע כיון שהוא עצמו יכול לומר פרוע במגו דמזוייף כמו בשטר כיס דלא טעני' להו נאנסו וטעני' להו החזרתי שהיה נאמן אביהם במגו דנאנסו עיין שם אלמא אפילו טענה דלא היה אביהם נאמן אלא במגו טוענים ליורשים :

וראיתי להר' פני משה חלק ראשון סימן ס"ד שכתב דלר"ח והרי"ף לא אמרו אלא אם כתב הנותן את השטר דאמרינן דלא גמר להקנותו אלא בשטר וכל שלא נמסר בידו מחיים לא קנה דומיא דמתנת שכיב מרע בשטר דאמרי' שמא לא גמר וכו' והכא נמי במתנת בריא כיון דכתב השטר מוכח דקפיד עד שיגיע השטר לידו דדמי נמי לדאמרי' בפ' הספינה זכה בשדה זו לפ' ע"מ שתכתבו לו את השטר דחוזר בשטר וחוזר בשדה

ואם

ואם כן דוקא אם כתב השטר או איכא שטר הוא דחיישי' דקפיד נותן על השטר אבל אם לא היה אלא בק"ם לבד דלא א"ל כתבו השטר אלא שהם עצמם כתבו השטר כדין סתם קנין לכתיבה עומד לכ"ע קנה בק"ם לבד ומ"ש הרמב"ם ומרן בסימן זה ס"ע או שקנו מיד הנותן וכו' רוצה לומר קנו מידו בלא שטר עש"ב ונמשך אחריו ה' דבר משה חלק שני סימן ק"י עיין שם ומשמע דס"ל דאם יש שטר חיישי' שמא א"ל כתבו דקפיד הנותן על השטר ואני מצאתי להמבי"ט חלק שלישי סימן ל' וק' שכ' בא' שהקדיש והניח השטר בידו דאף על גב דחל ההקדש באמירה כמסירה כשלוה לכתוב והניח השטר בידו נראה דלא רצה שיחול ההקדש עד שימסור השטר וכדאנזרי' בשכ"מ שדבריו כמסורים וככתובי' דמו אם אמר כתבו שמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה וה"נ שמא לא גמר להקנו' אלא בשטר והרא"ש שכ' במתנ' בקנין דא"ל שיגיע השטר לידו ה"ד כשלא נוה לכתוב השטר ויקנה לידו אבל אם נטל קנין ואמר כתבו ותנו לידו גם במתנה אמרי' דלא גמר להקנות עד שימסור השטר אבל ר"ת והרי"ף והרמב"ם סבירא להו דאפילו לא אמר כתבו בעינן שיגיע השטר לידו עש"ב הרי שכ' דר"ת והרי"ף והרמב"ם סבירא להו אפי' לא אמר כתבו אלא בק"ם לבד לא קנה עד שיגיע השטר לידו והרא"ש ס"ל דקנה בק"ם לבד אבל אם אמר כתבו לכ"ע אמרי' דלא גמר להקנו' אלא בשטר שיגיע השטר לידו אבל אין נראה לע"ד דאם כן בפ' הספינה גבי זכו בשדה לפ' וכתבו לו את השטר אמאי לא אמרינן דלא גמר להקנות אלא בשטר וכל שלא כתבו השטר ומסרו אע"ג דהקנה להם בקנין יחזור גם בשדה ועיין בטור סימן רמ"ג אלא ודאי דבמתנת בריא לא אמרינן לא גמר להקנו' אלא בשטר וז"ל הרמ"ה בפ' י"נ סימן קע"ד אבל ודאי אי קנו מניה וכו' ולא אמרי' בהא שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר דאפילו בשכ"מ דמקני באמירה בעלמא היכא דמוכחא מילתא דלייפות כחו הוא וכולי כותבין ונותני' וכ"ש בבריא וכו' תדע דהא גבי האומ' זכו בשדה זו לפ' וכתבו לו את השטר חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה אמאי לימא חיישי' שמא לא גמר להקנותו אלא בשט' וכל כמה דלא מטי שטרא לידו יכול לחזור בין בשטר בין בשדה אלא לאו ש"מ דגבי בריא כיון דאקני ליה כתיבת השטר לדין קדימה לא אמרינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר אלא ודאי ליפות כחו הוא דאכוון ועוד וכו' דאלו שכ"מ כיון דלא אקני ליה אלא באמירה ובשטרא חיישי' שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר והאי דאקני ליה באמירה משום דלא אפשר לאקנויי בשטר ולא באנפי אחריני אלא ע"י אמירה אבל בבריא דלא מיקני דרך מתנה באמירה בעלמא גרידתא כי קנו מניה והדר אמר כתבו ליכא למיחש שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר דאם כן ל"ל למיקנא מניה ליקני ליה בשטר גרידתא אלא לאו ש"מ דכי קנו מניה גמר ואקני ליה ושטר לראייה בעלמא הוא דאילט' ליה עכ"ל הרי שכתב דבמתנת בריא לא אמרינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר והוכיח כן מההיא דזכו בשדה זו לפ' וכולי ולדברי מהרא"ד"ב שכתבתי בסי"ז דהא דאמרינן במתנת שכיב מרע שכתוב בה קנין שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאח"מ ולא נאמר דהקנין הוא ליפות כח משום דירושה הויא דאורייתא ומתנת שכיב מרע דרבנן ולהכי מהדרינן לקיים הירושה מן התורה ולבטל המתנה שהיא מדרבנן עיין שם במתנת בריא אמרינן ליפות כחו הוא דכתב השטר לקיים המתנה שהיא מדאורייתא ולא אמרי' שמא לא גמר וכו' אלא במתנת שכיב מרע דרבנן לקיים ירושה דאורייתא' אבל לדברי הרמ"ה אין חי' בין דאורייתא' לדרבנן אלא משום דגבי בריא אקני ליה כתיבת השטר לדין קדימה ודאי דליפות כחו הוא דכתבי ועוד דאל"כ ל"ל קנין ליקני ליה בשטר גרידתא :

ומ"מ מבואר דגבי בריא שקנו מידו אפי' אמר כתבו לא חיישינן שמא גמר וכו' כמ"ש הרמ"ה והטור ומרן סכ"ד עיין שם ולא מצינו חולק בזה וכן מצאתי להרשב"א בתשובות חלק שלישי סי' ח"י שכ' וז"ל ואומר בשטר מתנה שקנו מידו וכו' יש מי שאומר דסתם קנין לכתיבה עומד אמרו וכו' אבל כל שהוא מוגעם מלכתוב שומעין לו וכולי ויש מי שאומר שאין לאחר קנין כלום וכו' וכ"ש כשקנו מידו וא"ל כתבו ותנו לו שאינו יכול לחזור בו ומ"ש בפ' הספינה זכו בשדה זו לפ' וכתב לו את השטר חוזר בשטר וכולי על מנת שתכתבו לו את השטר חוזר בין בזה ובין בזה אינו שייך בענין זה וכו' עיין שם ועיין בס' מולל מאש סי' כ"ג :

וראיתי למהרא"י בכתבים סי' ר"ל שכתב וז"ל ומ"ש שקבלו בק"ם שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר וכו' אלא נ"ל לחלק דהתם גבי מתנת שכיב מרע דלאפוקי ממונ' מניה קאתי אמרינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ונמלא נשאר לו הממון אבל בכ"ד וכולי דקנין זה לעיולי ליה ממון קאתי לא אמרינן שמא לא גמר וכו' עיין שם נראה דס"ל דאפי' בבריא אמרינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר לאפוקי ממונא מניה ולא זכר דברי הרמ"ה והטור שכתבתי :

ושוב ראיתי לה' בית דוד חא"ה סס"י מ"ח שהק' על פני משה מההיא דזכו בשדה זו לפ' וכו' וכתב ויש מי שתי' דכוונת הרב היא משום דהנותן כתב את השטר דכשכתב הוא בעצמו עדיף נשאזר כתבו ודברי פי הרב מכחיש זו שכ' דהיינו דבקנו מניה לבד ולא א"ל כתבו את השטר וכו' משמע דאי א"ל כתבו שטר קפידה הוי עיין שם וכבר כתבתי דברי המבי"ט נמי שכ' בהדיא דאם אמר כתבו ותנו אמרינן דלא גמר להקנותו אלא בשטר וגדולה מזו משמע מדברי ה' פני משה דאם יש שטר חיישי' שמא א"ל כתבו וקפיד על השטר וה' שמחת יום טוב סימן ל"ד דקל"ג ע"ב הק' על ה' פני משה דא"כ מה הק' הראשוני' על הרי"ף מדאמר שמואל המוליא שטר הקנאה בשוק יחזיר דלמאי ניחוש לה שמא כ' ללות ולא לוה הא שעבד נפשיה וא"א אכתי ניחוש דלא מטא שטרא לידיה כמו שהאריך הרשב"א בתשובות חלק שני סי' ק' והרמב"ן והרשב"א והריטב"א הובא בס' א"ז פ"ק דמליעא ומאי קו' נימא דהתם בשטר שאינו כתוב וא"ל קנו ממני וכתבו וכו' אלא כתוב בו סתם קנין וקנינא וכו' דמסתמא לא חיישי' שמא הקפיד הלוה בכתיבת השטר כיון דסתם קנין לכתיבה עומד עיין שם ולק"מ דמדברי ה' פ"מ שכתב אם כתב שטר או איכא שטר וכולי משמע דכל דאיכא שטר חיישי' שמא א"ל כתבו ודוקא אם יש עדים שלא היה אלא ק"ם ולא נוה להם לכתוב הוא דקנה מיהו הרמ"ה בפ' י"נ סימן קע"ג כתב גבי מתנת שכ"מ מסתברא דאם כתבו ונתנו לאחר מיתה ואין שם עדים שא"ל כתבו ותנו הרי השטר כשר דדייקי' טעמא דאמר כתבו ותנו הא לא אמר כתבו ותנו כותבים ונותני' אפי' לאחר מיתה ועל היורשי' להביא ראיה דאמ' לעדים כתבו כדי לבטל השטר עיין שם ואם כן הכא נמי במתנת בריא לדעת ר"ת והרי"ף אם אין שם עדים שא"ל כתבו ותנו

ותנו נותנים דלא גרע ממתנת שכ"מ :

נ"ח כתב הכ"י בפ' י"נ אמתני' דמי שמת ונמלא דייתיקי קשורה וכו' וז"ל גרסי' בגמ' כי אתא רב דימי אמר דייתקי מבטלת דייתקי וכולי נ"מ כשאמר בפי' שמבטל ונותן לאחר אלא אפי' מלאו השנייה חגורה על ירכו מבטלת הראשונה דמכל מקום גילוי דעתא איכא ובהכי סגי וכ"כ מן האחרונים עכ"ל והתו' במליעא די"ג עמוד שני ד"ה ובתר וכו' תמהו אמאי לא אמרי' נמי שנתנו האב תחלה במתנת שכיב מרע ואח"ך האב עלמו כ' להאי ולא יהבה ליה ומת האב ונתקיימה המתנה לראשון והבן רולה שתהיה לשני עכ"ל ולדברי הכ"י לא זכה הא' דגלוי דעתא איכא ואם כן אפילו לא זכה גם כן השני מכח האב הבן רולה ליתן לו וכן תי' בש"מ שם והרב פני יהושע שם תמה על התו' ולא זכר דברי הכ"י ע"ש :

נ"ט כתב הרב תורת חסד סימן רל"ד בא' שנתן מתנה לבניו ולא הגיע שטר לידם כיון דאיכא פלוגתא אם בשטר הקנאה בעי' שיגיע השטר לידו היורשים מוחזקים לגבי האשה שבאה מכח שעבוד כתובתה וכו' וכן פסק ה' פרח מטה אהרן חלק ראשון סימן ע"א עיין שם עוד בסי' ל"ג וכתב הרב בית דוד סי' ק"ך דה"ד אם קדמה המתנה לכתובה דשעבוד הכתוב' ספק הוא דשמא המתנה מתנה ולא חל שעבוד כתובה כלל אבל במתנה שאחר הכתובה ויש ספק במתנה מוקמי' ממונא בחזקת המורים וממילא גובה האשה כתובתה עי' שם ונראה אם מקבל מתנה מוחזק בפלוגתא דרבוותא לדעת רשב"ם ומהר"ס והרא"ש ושאר האחרונים שכתבתי בסי' ק"מ דלא מוקמינן לה בחזקת מרא קמא עיין שם וכ"ש הכא דרוב הפוסקים סבירא להו דלא בעינן שיגיע שטר לידו ואם כן אפילו המתנה אחר הכתובה דקדם שעבוד האשה מספק לא מוקמי' ממונא בחזקת המורים ונולא מיד המוחזק וכן ראיתי להרב כרם שלמה חא"ה סי' ל"ז עיין שם באורך מיהו ה' תורת חסד סי' רי"ג כת' דכל האחרוני' סבירא להו דכל ספק בקרק' מוקמי' ליה בחזקת מרא קמא ותמה על מהרא"ד"ב ע"ש וכ"כ ה' פני משה חלק שני סי' כ"ז עיין שם וכן כת' בח"א סימן ס"ה עיין שם ועיין בס' כרם שלמה ואם כן אם קדם שעבוד הכתובה למתנה מוקמי' ממונא בחזק' המורים וממילא גובה האשה כתובתה ואפי' היורשי' היו מוחזקי' :

סימן רנ"א

א' דין ב' ואין העדי' מלויים לשאול להם וכו' משמע דאם העדים מלויים לריך לשאול אותם והעדים עלמם נאמנים וכהאי גוונא דקדק מרן הב"י סי' מ"ה עיין שם בהסמ"ע שם סקכ"ט וכת' שם דאם הם אומרים שלא ישבו כולם לחתום ועדים אחרים מעידים עליהם שישבו כולם לחתום אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה עיין שם והכא נמי דכוות' וכן כת' הרשב"ש בתשו' סימן רפ"ו עיין שם :

ב' ואין העדים מלויים וכו' משמע דאם מלויים אפי' העדים עלמם שואלים אותם ועושים על פיהם הרשב"ש סי' רפ"ו והביא ראיה לזה עיין שם וכן מוכח בגמ' דקנ"ג עמוד ש:י וכן כתב הכ"י שם והביאו הרב כנסת הגדולה עיין שם ומהר"ס אלשיך סימן ס"ד כת' שכ"כ הרשב"א בתשו' והביאה מהר"ס אלסקר עיין שם ותשוב' הרשב"א היא בחלק שני סימן קכ"ו ומבואר שם דיכולים העדים לעשות שטר אחר עיין שם ועיין בהרב כנסת הגדולה סימן כ"ט הגב"י אות כ"ז :

ג' הג"ה וכן הדין אם עמד וכולי ז"ל הטור מתנת שכיב מרע שכתב בכולה בקנין וכולי והוא אומר שכיב מרע היה ורולה לחזור בו והמקבל אומר בריא ואינו יכול לחזור בו וכו' משמע דהוא אומר שכיב מרע היה והוי מתנת שכיב מרע בכולה דאם עמד חוזר וכן כתב רשב"ס דבמתנה בלא שיור איירי דאמרינן בה דאינה מתנה שאם עמד חוזר ולא מלוה מחמת מיתה דאם כן אפי' מתנה במקלת אם עמד חוזר וכו' דבשתם קנין בלא"ה קנה דשמא לא גמר להקנותו אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה ואף על גב דאמרינן שמא וכולי דהוי ספק כמ"ש הרמ"ה דבפ' הספינה סי' כ"ח והריב"ש סי' קס"ח עיין שם ואם כן הכא איכא ס"ס שמא בריא היה ואת"ל שכיב מרע היה שמא לא גמר להקנותו בקנין אלא במיפוי כח אפ"ה אין מוליאין מהיורשים אפי' בס"ס כמ"ש בסי' ר"ן דין ב' עיין שם וראיתי למהרח"ש חלק שני סי' יו"ד שהק' מדאמרי' שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ועמד אין חוזר חיישי' שמא יש לו נכסים במ"ה וכתב הטעם דחיישי' מספק להוליא ממון משום דיש כאן מתנה גמורה אלא מחמת האומדנ' הוא דאמרי' אם עמד חוזר והאי אומדנא לא אמרי' אלא היכא דברירא לן וכו' והכא נמי דאיכא מתנה בקנין לא אמרינן הך אומדנא אלא דברירא לן שהיה שכיב מרע אבל היכא דמספק"ל דילמא בריא היה לא ונדחק ע"ש וג"ל לתקן דהתם הספק הוא בעיקר האומדנ' דשמא ליכא אומדנא אבל הכא שנתן כל נכסיו אין הספק בעיקר האומדנ' והאומדנ' דאין אדם נותן כל ממונו לאחר והוא יחזור על הפתחים אלא הספק שמא בריא היה דאפילו האומדנא ברורה מתנתו קיימת וכהאי גוונא כתב הרב שמחת יום טוב סימן ט"ו גבי בעיא דבריא שנתן כל נכסיו לאשתו דמוקמינן הנכסים בחזקת הנותן מה"ט עיין שם באורך מיהו ק' מדין מתנת שכיב מרע שכתב בקנין דאמרי' שמא לא גמר להקנותו אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה וכתב הרמ"ה בפרק הספינה סי' כ"ח והריב"ש בסי' קס"ח דספק הוי אלא דאין מוליאין מחזקת היורשי' עיין שם :

ד' הג"ה על המקבל להביא ראייה וכו' ואם לא מלא ראייה ישבע הנותן היסת ויפטר וכ' הרדב"ז חלק שני סימן תשי"א דה"ה במתנת שכיב מרע והיורש אמר נתתי דנשבע היורש היסת ונפטר ולא אמרי' דמתנ' שכיב מרע תקנתא דרבנן היא ושבועת היסת תקנתא ולא עבדינן תקנתא לתקנתא דמתנת שכיב מרע עשאוה כשל תורה עיין שם :

ה' אם אמר בלוואה בעודני בריא דין מתנת בריא יש לה מהר"ס מפדוואה סימן ש"ב וכן כתוב בה בעין יפה וגוף בריא מתנת בריא היא מהרשד"ס וכו' דה"ד כשהם חלוקים אם היה בריא או שכיב מרע וא"א לברר בעדים אמרינן דודאי בריא היה אבל אם ידעינן בבירור שהיה שכיב מרע אפילו כתב ל' המורה שהיה בריא מילי דכדי נינהו אא"כ גילה דעתו דאפילו נתן במתנ' שכיב מרע רולה שיהא לו מתנת בריא ואפי' נימא שדעת הרבנים היא אפילו ידעי' שהיה שכיב מרע היינו בכ"ד אבל מ"ש שהוא נותן במתנה גמורה אינו סותר למ"ש שהיה שכיב מרע דיש לפרש שנתן לו באמת ואינו דרך שתוק הכנה"ג בתשו' הביאו ה' בני חיי עיין שם ותשו' הכנה"ג היא בס' בעי חיי סי' קפ"ח עש"ב וכתב הרב באר מ"ח בתשו' דל"ב ע"ד דבאומר מהיום ודאי דאפי' ידעינן שהיה שכיב מרע המתנה בטלה ודוקא באומ'

באומ' שהיה גוף בריא אם ידעינן שהיה שכיב מרע אמרי' דמילי דכדי נינהו וכל שכן אומר שנותן במתנה גמורה ול"ד לאומ' מהיום דגילה דעתו שנותן כדין מתנת בריא ע"ש :

סימן רנ"ב

א' דין א' מתנת שכיב מרע וכולי (א"ה זה הלשון יש בו ערבוב מפני שיש קצת קרעים) התוספות בכתובו' דף מ"ט ע"ב בד"ה הוא וכו' הוכיחו מפ' י"נ דאינה טורפת ממתנה לאחר מחיים וכ' מהרש"א לכאורה קשה הא בבנו נמי מסקי' התם דלית הילכתא כוותיה ואין ניזונת וכל שכן לאחר ולפי מה שכ' המרדכי דהוא דוקא אינו ניזון אבל אשתו ניזונת ניחא מהאי טעמ' דקאמר דנטרח לדידיה ולדידה א"כ וכו' ע"כ נר' דלאחר אין ניזונים היינו לאחר מותו וכו' עיין שם ודברי מהר"ש שכ' המרדכי הם בתשובו' הקצרות סי' תל"ע וז"ל ועתה אני מדקדק מדברי התוס' דסבירא להו דאף לפי המסקנ' דלית הילכתא כתקנת אושא ה"מ הוא אינו ניזון אבל היא ניזונת לכל הפחות לאחר מיתת הבעל דאי ס"ד דלפי המסקנא ליתה לתקנת אושא כלל ואפילו היא לא מיתזנה מן המתנה ואפילו לאחר מיתת הבעל מנ"ל מהר"ש דמחל' בין מתנה שנתן לבניו ובין מתנה שנתן לאחרים דילמא ההיא סוגי' דפ' י"נ דמשמע דאי הויא מדאורייתא ניחא ליה דלא גבי היינו לפי המסקנא דפ' נערה דלית הילכת' כתקנת אושא דאפילו מבניו דלא גביה וכולי עכ"ל הרי שהכריח כן מדברי התוספות דגם למסקנא היא ניזונת לפחות לאחר מיתה עיין שם וראיתי בתשו' הגאונים ח"ב שער ג' סי' ל"ב שכ' באחד שכ' כל נכסיו לראובן בנו במתנה גמורה וקנו מידו ואחר כך חזר במתנה והוצרך למזונות ומכר אותו לאחר מכירתו מכיר' שכך אמרו רבו' באושא התקינו הכותב כל נכסיו לבניו הוא ואשתו ניזונים מהם וכן מצאתי בספר חוקות הדיינים סימן רפ"ד וז"ל חכמים התקינו דהכותב נכסיו לבניו ולא שייר לעצמו כלו' שיהיו ניזונים מהם כל ימיהם הוא ואשתו וכתבו רבותינו הצרפתים דדוקא שכתב לבניו אבל אם כתב כל נכסיו לאדם אחר אינו ניזון מהם משום דמתנה גמורה היא זו ולחלוטין נתנן לו וכו' עיין שם ותימא דהא מסקי' התם דאין הלכה כתקנת אושא והכותב לבניו לפחות הוא אינו ניזון וכן כתב רב האי גאון בתשו' שם סימן ל"ב דהוא ואשתו אין ניזונת מהם :

ב' לפיכך מוציאין וכו' כ' הרמ"ה בפר' י"נ סימן קנ"ה וז"ל והשתא דאמרת כירושה דמיא וכל היכא דגבי מהיורשים גבי ממתנת שכיב מרע אפי' מלוה על פה נמי גבי מינה ואפילו מטלטלין הוו מטלט' ללוה ויהבה במתנת שכיב מרע אתי מלוה וגבי מנייהו כתקנתא דרבנן בתראי כי היכי דגבי להו מן היורשים דלא אלימא תקנת' דרבנן מירושה דאוריית' וכן הילכתא עכ"ל מבואר דסבי"ל דמדינ' דגמרא דמטלט' דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב הכא נמי אינו גובה ממתנת שכיב מרע אלא מתקנת הגאונים וכן כ' בסי' קל"ה עיין שם ונפקא מינה אם נתן קרקע ומטלטלין במתנת שכי' מרע והמקבל מתנה רוצה להגבו' לבעל חוב קרקע ובעל חוב רוצה לגבות מטלטלין הדין עם המקבל מתנה כדלעיל בסי' ק"ז גבי יורשים עיין שם וכן כ' רשב"ם בבתרא דקל"ח וז"ל אם יצא עליו שטר חוב קודם שקבלו המעות א"כ כגון וכו' שדות וכו' הילכך אפילו לאחר שגבו גובה בעל חוב מהם דמקבל מתנת שכיב מרע כיורש שויוה רבנן ומקרקע דיתמי משתעבדי לבעל חוב עיין שם וכן כתב הטור בסי' רנ"ג וז"ל ומיד שנתן קרקע או שגבו קרקע במעות שחלק להם שאלו גבו מטלטלין לא משתעבדי לבעל חוב מתנת שכיב מרע כיורש שויוה רבנן וכ' מרן הב"י דהוא נותן טעם למה שאמר שאלו גבו מטלט' לא משתעבדי לבעל חוב משום דמתנת שכיב מרע כיורש שויוה רבנן וכי היכי דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב הכא נמי מטלטלין דמקבל מתנת שכ"מ נינהו היינו לדינא דגמר' אבל האידנא משתעבדי עיין שם ונראה דגם רשב"ם שכ' דמתנת שכיב מרע כיורש ומקרקעי דיתמי משתעבדי לא נתן טעם לקרקעות דמשתעבדי משום דמתנת שכיב מר' כיורש דהא לקוחות נמי גובה מהם וכל שכן מתנת שכיב מרע דלא קנה אלא לאחר מיתה אלא דה"ט אילטריך למטלטלי דס"ד כיון דמתנת שכיב מרע לא קנה אלא לאחר מיתה אפילו היו מטלטלי בעל חוב גובה מהם קא משמע לן דכיורש הוי וכי היכי דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב הכא נמי מטלטלין דמקבל מתנת שכיב מרע ולכך נ"ל דמיירי הכא קודם שקבלו המעות או שגבו קרק' וכי תימא כיון דכיורש הוי כי גבו קרקע לזה סיים ומקרקעי דיתמי משתעבדי אם כן ה"ט דהוי כיורש לא אילטריך אלא לגבי מטלטלין ועיין להר' נתיבות משפט דף רע"ח ע"ד (א"ה עד כאן מצאתי ואחר כך מצאתי ומ"מ :

ומכל מקום אפשר דרשב"ם מודה דלפי תקנת הגאונים גובה בעל חוב ממטלטלין דמקבל ממתנת שכיב מרע כמו שגובה מהיורשים כמו שכת' הרמ"ה וכן כתב מהר"ם בתשו' הקצרות סי' ע"ט תשו' מהר"י מקרושן להר"י ן' שניאור וז"ל נ"ל מ"ש השליש שלא נתן זאת המתנה כי אם לאחר מיתתו ובחיים רצה להיות רשאי לעשו' בהם כל מה שירצה ועכשיו שמת ולא חזר בו א"כ לא זכיתם בזאת המתנה כי אם מטעם מצוה לקיים דברי המת דשייך אפילו בבריא כדמוכח בסוף פרק קמא דגיטין והמתנה מקויימת כיון שהיתה ביד שליש והושלש מתחילה לכך וכו' אך לפי מה שתקנו הגאונים שגובה כתובתה ממטלטלים דיתמי שהיא ירושה דאוריי' כל שכן שתגבה ממתנה דרבנן כמו מתנה שהיא מכח מצוה לקיים דברי המת או מכח שכיב מרע וכו' עכ"ל וכן כ' הרשב"א בתשובות שהביא מרן הב"י סי' זה והרב כנסת הגדולה. תמה שהוא הפך מה שכ' הנ"י בשמו בפר' י"נ ותירץ דבתשובה זו מיירי במטלטלין שלא באו עדיין ליד המקבל ומ"ש הנ"י בשמו דאין מוציאין הוא במטלטלין שבאו ליד המקבל ע"ש וליתא דתשו' הרשב"א היא בח"ב סי' קס"ג ומבואר שם בשאל' דמיירי בהוציא מקבל מתנה מבית הנותן רוב המטלטלין קודם מיתה ובתשו' כ' דתקנו הגאונים שהמטלטלין בזה הזמן כמקרקעי ואם תמצי לומר שהם לא תקנו אלא במטלטלי דיתמי אבל במטל' שנתן לא הרי לדברי הרי"ף והגדולים האחרונים מתנת שכיב מרע לא עדיפ' מהירוש' עיין שם אם כן אפילו כבר באו לידו מוציאין דלא עדיפא מירושה וגם מיירי בהכי וכן כ' בהדיא בסי' ק"ע דאם קדם וגבה לוי מוציאין ונותנים לאלמנה מתקנת הגאונים שתקנו שיהו מטלטלין כקרקע ע"ש וכ"כ מרן הב"י בסי' רנ"ג על הטור שכ' שאלו גבו מטלטלין וכו' דה"ד לדינא דגמ' אבל האידנא משתעבדי משמע אפי' גבו כבר מוציאין מהם וכן כתב הרשב"ץ ח"ב סימן רל"ד דאפילו נתן לו מעות והיה תפוס כבר מוציאין ממנו :

ג' לפיכך מוציאין וכולי אפילו למ"ד דמתנת שכ"מ מפקעת מידי שעבוד כתובה ה"מ במתנת שכיב מרע לאחרים אבל מתנת שכיב מרע ליורשיו כירוש'

ואינה

ואינה מפקעת כתובה פסקי' וכתבים סימן פ"ו עיין שם וכן מלאתי לתשו' מהר"ס הקלרות סימן קל"ב בתשובות הרשב"א שהביא מרן הב"י מבואר דסבירא ליה דאפילו במטלטלין מוליאין ממתנת שכיב מרע למזון האשה והבנו' ולכתובה עיין שם וכן כתב מהר"ס בתשובות הקלרות סי' קל"ב וז"ל ושכתבת אחר שגביית האלמנה ממטלטלין תקנת הגאונים היא די לנו שתגבה מב"ח ולא ממתנה ותקנתא לתקנתא לא עבדינן וההיא דהוא ואשתו ניזונת מהם ממקרקעי איני יודע מ"ש תקנת' לתקנת' וכו' ס"ד לא תלא לידון בדבר חדש לבדות דבר מלבך נגד קבלתנו וקבלת כל רבותינו דמטלט' בזה"ז כמו מקרקעי בימי חכמי התלמוד וכולי וכיון דבימיהם אשה גובה מזונות ממקרקעי שנתן לבניו דחשיבי כמו ירושה אף על גב דאין מוליאין למזונות ממה שמכר או שנתן לאחרי' דחשיבי משועבדים ותנן אין מוליאין מ"מ מוליאין ממקרקעי שנתן לבניו דחשיבי כירושה בעלמא הכא נמי מוליאין בזה"ז ממטלטלין שנתן לבניו עכ"ל :

ד' הג"ה ודוקא שאין נכסי' גבי יורשים וכו' הרשב"א בחי' בפ' הנזקין כ' וז"ל א"ל היכי קרי למתנת שכיב מרע משעבדי דא"כ מלוה ע"פ בגו זימניה ומזון האשה והבנות לא יגבו. מהם וכו' וי"ל דהכא במתנ' שכיב מרע במקלא ובקנין דכמתנת בריא היא והילכך במתנת שכ"מ אי קמא בינונית ובתרא זיבורית מבינונית דקמא גבי וכולי וכן פסקו רב אלפס והר"י ן' מיגש תלמידו בתשובות וכן כתב מורי רב"י וכן נראה דעת הרמב"ן בתשובות עכ"ל ולכאורה נראה דה"נ אפילו יש נכסים לגבי יורשים גובה מהמקבל מתנת שכ"מ דגרע מיורש ולא חשיב משועבדים והתוספת' שהביא הב"י א"ל דמיירי במתנת שכיב מרע במקלא דהא דקתני ופ' יירש שאר נכסיו השייר ליורשיו :

ה' דין ב' מלוה לקיים דברי המת וכו' כ' המרדכי בס"פ מ"ש דלא אמרינן מלד"ה בקטן המלוה וכ' הכנה"ג הגב"י אות מ' וכן כתב מהר"א הלוי הובא בס' תומת ישרים סימן ע"ח וה' בעל הספר נראה שלא ראה דברי המרדכי עיין שם וכבר תמה עליו ה' שמחת יום טוב סימן כ"א דהמרדכי מיירי בקטן המלוה ומת דלא אמרי' מלד"ה והוכיח כן מדברי התוספות וכל הראשונים שחקרו כיון דקי"ל מלד"ה למה תקנו דין מתנת שכיב מרע ודבריו ככתובים וכמסורים דמו ולמה מתנה במקלא לריך קנין תפ"ל דכיון דמת מלד"ה ואם דין זה לא נאמר בקטנים אימא דתקנו מתנת שכיב מרע אפי' לגבי יתומים קטנים ולכך במתנה במקלא לריכה קנין עיין שם ולא ראה מ"ש הר"ן בפ"ק דגיטין וז"ל ול"כ דאפילו נימא דהא תנו כפשטא דמתני' אפ"ה ע"כ כי תנאי תנו לאחר מיתה היינו משום דמשעת דבור זכה בו ולא משום מלוה וכ"מ ביתומים קטנים דלא בני מיעבד מלוה נינהו דהא דומיא דרישא וכו' עכ"ל הרי שכ' דמשו' מלוה יתומים קטנים לאו בני מעבד מלוה נינהו וכ"כ הרשב"ן חלק שלישי סי' רכ"א עיין שם ומה שהק' דאם כן אימא דתקנו דין מתנת שכיב מרע לגבי יתומים וכן במתנה במקלא לריכה קנין מה"ט עיין שם ליתא דבבתרא דקנ"א עמוד שני פסקי' דמתנת שכיב מרע לריכה קנין אף על גב דמת עיין שם אלמא משמע אפי' לגבי יתומי' גדולי' אם לא היה קנין אף על גב דמת לא קנה ותפ"ל משום מלד"ה ורבא שם מק' מדתניא שייר קרקע כל שהו מתנתו קיימת מאי לאו דלא קנו מנייה וכו' ולא מוקי לה ביתומים גדולים ומשום מלד"ה וכן מתנת שכיב מרע בקנין דאמר רב הרי היא כמתנת בריא שאם עמד אינו חוזר והרי היא כמתנת שכיב מרע שאם אמר הלואתו לפ' הלואתו לפ' ושמואל אמר שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה תפ"ל משום מלד"ה ואם מת כופין היורשים אטו לא מיירי אלא ביורשים קטנים ועיין לה' מח"א בה' זכייה סי' כ"ט :

ו' מלד"ה וכו' כ' התוספות בגיטין די"ג בד"ה והא וכו' דשייך אפילו במלוה עיין שם וכתב הרשב"ן חלק שלישי סימן מ"ב דכל שהוא יכול לחזור כדאמרי' בירושלמי אמר ליתן מתנה לחבירו ובקש לחזור בו וחזר ואם הוא יכול לחזור וכ"ש שאין היורשי' חייבי' לקיים דבריו עיין שם :

ז' והוא שנתנו נכסיו לשליש לשם כך וכו' כ"כ התוס' בבתרא דקמ"ט בד"ה דקא וכולי וז"ל ור"י תי' דלא אמרי' מלד"ה אלא היכא שהוא ביד שליש וכו' ומיירי שהושלש מתחילה לכך כי היכי דלא תיקש' ממעשה דאיסור גיורא דהכא לא אמרי' מלד"ה אף על גב דהוה ביד שליש אלא ה"ט משום דלא הושלש לו מתחילה לכך וכו' ועוד היה מפרש ר"ת דלא שייך הכא בשמעתי' מלד"ה בגר דליתיה בירושה וכו' מיהו כדפי' לעיל ניחא טפי וכו' עיין שם משמע דר"ת סבירא ליה דכל שהוא ביד שליש אפילו לא הושלש מתחלה לכך אמרי' מלד"ה וגבי איסור ה"ט משום דבגר לא אמרי' מלד"ה אבל התוס' הסכימו דבעינן שהושלש מתחילה לכך וכן הוכיח מהריב"ל חלק שלישי סי' מ"ג מדברי הר"ן בפ"ק דגיטין שתי' כן ההיא דאיסור משו' דבגר לא שייך מלד"ה דסבירא ליה דבעלמא מלד"ה אפי' הושלש מתחלה לכך וכן משמע בחי' הרשב"א שם ונמשך אחריו ה' משפט לדק חלק שלישי סימן ע"ז עיין שם אבל התו' בגיטין די"ג בד"ה והא וכו' כ' בשם ר"ת דבעי' שהושלש מתחלה לכך וכן כתב מהר"ס בתשו' האחרונו' סי' ת"ך ובתשו' הקלרות סימן ל"ח והובא במרדכי בפ' י"כ סימן תקל"ג עיין שם ומהרי"ו סימן ק"ד תפס סברא זו דבעי' שהושלש מתחלה לכך והביאו הסמ"ע בסי' רפ"ו סק"ד עיין שם :

ח' כתב המרדכי בס"פ מ"ש ובתשובות מהר"ס האחרונות סי' תקמ"ז בשם ר' גרשום על יתום שלוה בשעת מיתתו ונתן לשמעון דודו כל אשר לו מקרקעי ומטלט' וז"ל ובקטן לא שייך לומר מלד"ה דאמר רב מנין למתנת שכיב מרע שנ' איש כי ימות איש אין קטן לא ואפי' לר"כ דאמר מתנת שכיב מרע נודרבנן לא שייך גבי קטן מלד"ה מדוקייא דשמעתין דטעמ' דשכ"מ דמתנתו מתנה שלא תטרף דעתו הא בריא בכסף ובשטר ובחזקה ורב נחמן סבר קטן אינו יכול להקנות לא בכסף ולא בחזקה דאר"ן אמר שמואל למכור בנכסי אביו עד שיהא בן ך' הילכך גבי יתום לא שייך למימר מלד"ה ואין בלואתו כלום וה"מ בפחות מבן י"ג ולא ידע דאין מתנה מתנה לגבי מקרקעי. אבל לגבי מטלט' מתנתו מתנה אף בפחות מבן י"ג ולואתו קיימת דתנן הפעוטו' מקחן מקח וכו' הילכך כל מקרקעי שהיתום הניח ונפלו לפני היורשין וחולקין בשוה ומטלטלי זכה בהם שמעון וכו' עכ"ל ונראה דסבירא ליה דגבי שכיב מרע אמרי' מלד"ה אפילו לא נתנו לשליש כמ"ש הרמ"ה בפ' מ"ש סי' ל"ד דלא בעי' מסירה לשליש אלא בבריא אבל גבי שכ"מ אפילו לא נתנו לשליש אמרינן מלד"ה דכי היכי דגבי הקנאה לא בעי' חד מאנפי הקנאות שלא תטרף דעתו עליו הכא נמי גבי לואה אפילו לא נתנו לשליש מלד"ה שלא תטרף דעתו עליו עיין שם ואם כן גבי שכיב מרע

קנה

קנה במתנת שכיב מרע או משום מלד"ה כדי שלא תטרף דעתו עליו וכל דאיתיה בבריאה איתיה בשכ"מ וכל דליתיה בבריאה ליתיה בשכ"מ ודבר שלב"ל או דבר שאין בו ממש דליתיה בבריאה הכא נמי בשכ"מ לא קנה במתנת שכ"מ ולא משום מלד"ה וכן כתב הרמ"ה בפ' מ"ש סימן פ"ד וז"ל וכ"ת מ"ש ידור פ' בבית זה דלא אמר כלום דדבר שאין בו ממש הוא ומ"ש ההיא דגרסי' בפ' השולח גבי מי שאמר בשעת מיתתו פ' שפחתי וכו' כופין את היורשים ועושין לה קורת רוח מלד"ה ואף על גב דקורת רוח ממלאכה לאו דבר שיש בו ממש הוא אמרי' מלד"ה ה"נ לימא מלד"ה שאני התם דלאו לאקנויי ליה מידי מעלמא קאתי אלא למיפטרא ממילתא דמחייבה בגוה קאתי וכל כה"ג איתיה נמי בבריאה אפילו בדבר שאין בו ממש מ"ד אשבועה דאע"ג דלית בה ממש מהני קנין למיפטר מינה עכ"ל הרי דסבירא ליה דבדבר שאין בו ממש לא אמרי' מלד"ה ושאני קורת רוח דאיתיה נמי בבריאה ואם כן גבי קרקע דקטן אין מעשיו כלום הכא נמי בשכ"מ אין מתנתו ולא צואתו כלום וז"ל הרמ"ה בפ' מ"ש סי' ל"ד וכ"ש גבי ל' דתנו ותנתן דמהנו בשכיב מרע ולא מהנו בבריאה דצואה היא וכו' ולא אשכחן דמהני בבריאה אלא היכא דמסריה לממוניה לשליש וא"ל תן וכו' אמרי' מלד"ה ואלו לגבי שכיב מרע אף על גב דלא אתפסיה לממוניה לשליש קני אבע"א מטעמא מלד"ה וכי היכי דגבי הקנאה לא אצרכו לחד מאנפי הקנאות שלא תטרף דעתו עליו גבי צואה נמי לא אצרכו לאתפוסי לממוניה לשליש שלא תטרף דעתו עליו ואבע"א ל"ש גבי יטול יחזיק וכיוצא דלשון הקנאה הוא ול"ש גבי תנו דלשון צואה הוא כולה מילתא גבי שכיב מרע מטעמא דלשון מתנה הוא וכולי הכא נמי לא אטרחוה לאקנויי בלשון מתנה מגוש שלא תטרף דעתו עליו וכולי עכ"ל הרי דסבירא ליה דלשון תנו ותנתן דצואה הוא קני בשכיב מרע משום מלד"ה ואפילו לא מסרו לשליש אמרינן מלד"ה בשכיב מרע שלא תטרף דעתו עליו או דמה"ט אמרינן דהוי לשון מתנה ואם כן כי היכי דלשון מתנה לא מהני כי ליתיה בבריאה הכא נמי לשון צואה דהוי מטעם מלד"ה לא אמרינן כי דליתיה בבריאה ור' גרשום מיירי בלשון צואה ולכך נקט ה"ט דמלד"ה וה' שמחת יו"ט סימן כ"א כ' דהאי ליבנא דנקט המרדכי ולא שייך ביה מלד"ה לאו בדוקא נקטיה ולשון מושאל הוא ותמה על מרן הב"י והרב כנה"ג עש"ב ונ"ל דעיקר כמ"ש ועיין בס' פרח מטה אהרן חלק שני סימן ל"ב :

אבל מדברי התוספות בבתרא דף קמ"ט בד"ה דקא וכו' שכ' וז"ל ור"י תי' דלא אמרי' מצוה לקיים דברי המת אלא היכא שהוא ביד שליש וכולי וקשה ע"ז הפי' מהא דאמרי' בגיטין פר' השולח פ' שפחתי עשתה לי קורת רוח כופין את היורשים וכו' משום מצוה לקיים דברי המת והתם לא הושלש ביד שליש מידי ול"ל דגבי שחרור וכו' וכן כתב הרשב"א והר"ן בפרק קמא דגיטין והרא"ש בסוף פר' מציאת האשה עיין שם משמע דס"ל דגם בשכי"מ לא אמרי' מצוה לקיים דברי המת כשאינו ביד שליש וכן נראה מדברי הרשב"ץ בתשובו' ח"ב סימן כ"ג עיין שם אבל לדברי הרמ"ה ניחא דהתם בשכי' מרע מיירי כדאמרי' בפר' השולח מי שאמר בשעת מיתתו פ' שפחתי וכולי ואמרי' מצוה לקיים דברי המת ואפילו לא הושלש ביד שליש כדי שלא תטרף דעתו עליו ובזה ניחא מה שהקשה הר"ן והריטב"א מדתניא בתוס' דב"ב תנתן שדה פ' לפ' כופין את היורשים לקיים צואת המת ע"ש דהתם בשכיב מרע מיירי ואם כן אפשר שכן דעת ר"ת ור"י דלא אמרו אלא בבריאה ומה שהכריחו דאם לא כן הא דקיימא לן דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו תפ"ל משום מצוה לקיים דברי המת אלא ודאי דבעינן שהוא ביד שליש עיין שם היינו אי לא אמרי' דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו אבל השתא דתקנו דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו הכא נמי דאמרינן מצוה לקיים דברי המת אפילו אינו ביד שליש מה"ט כמו שכ' הרמ"ה ושוב ראיתי למהרימ"ט ח"מ סימן ל"ג שכ' דר"ת לא הצריך שיהא מושלש מתחלה לכך אלא בבריאה עיין שם :

וראיתי למהריב"ל חלק ג' סי' מ"ג שכ' דאם צוה ליורשיו ידור פלוני בבית זה לדעת הרמב"ן דאמרי' מצוה לקיים דברי המת אפי' אינו ביד שליש ה"נ אמרי' מצוה לקיים דברי המת אפי' בדבר שאין בו ממש ודבר שלא בא לעולם אמרי' הכי כדמוכח מההיא דפלו' שפחתי וכו' עיין שם וכבר כתבתי דברי הרמ"ה דסבי"ל דבדבר שאין בו ממש ודבר שלא בא לעולם לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת ושאני קורת רוח ממילת' דאיתיה נמי בבריאה וכן משמע מדברי הר"ן בפרק קמא דגיטין שכתב בשם הרמב"ן וז"ל ודאמרי' לקמן וכולי התם ה"ט משום דכל שאמר תנו או הולך יש בלשון הזה ל' צואה ולשון מתנה כדאמרינן התם בפרק מ"ש עד שיאמר תנו בית זה לפ' וידור בו תנו דקל לפ' ויאכל פירותיו והיינו מתנה וכולי וא"ת כיון דתנו נמי הוי לשון צואה אמאי בעי' שיאמר תנו בית זה וכו' אפילו אמר תנו דירה לפ' דהוי דבר שאין בו ממש מצוה לקיים דברי המת כמו שהקשה אחר כך והא מתני' תנו קאמר ואוקמה משום מצוה לקיים דברי המת ותי' דע"כ מיירי במוסר דבריו לעדים ואם כן הוה ליה למימר גם כן בההיא דפ' מ"ש דמיירי במוסר דבריו לעדים וגם ר"ת ור"י לא הכריחו מינה שיהא ביד שליש משמע דסבירא להו דבדבר שאין בו ממש ושלב"ל לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת דכל דליתיה בבריאה ליתיה בשכיב מרע לא במתנה ולא בצואה ושוב ראיתי להרב מחנה אפרים בהלכות זכיה ומתנה סימן ל' שהביא ראיה זו מדברי הר"ן ואף שהתוספות בגיטין דף י"ג בד"ה והא לא מסך וכו' כת' וז"ל תימא מאי פריך הא קיימא לן מצוה לקיים דברי המת אם כן לוקי מתנית' בבריאה משום מצוה לקיים דברי המת וכולי וני"ל דל"מ לאוקומי מתני' משום מצוה לקיים דברי המת דאם כן מאי איריא לגוים אפילו אין לגוים נמי דסבר הגמ' מצוה לקיים דברי המת וכולי שייך אפילו במלוה דבבריאה לא חיישי' למגה קבור וכו' עכ"ל וכ"כ הרשב"א והריטב"א בחי' שם דאפילו במלוה שייך מצוה לקיים דברי המת עיין שם אם כן הוא הדין דבר שלא בא לעולם נראה דהיינו דוקא במלוה דכיון דשייך בה קניה דמעמד שלשה אמרי' מצוה לקיים דברי המת אפילו בברי' ואיתי' נמי במתנת שכיב מרע מהאי טעמא אבל דבר שאין בו ממש ודבר שלא בא לעולם דלא שייך בה שום קנין לא אמרי' מצוה לקיים דברי המת ומדברי מהרשד"ס חא"ה סי' רל"ח משמע דס"ל דאפילו דבר שאינו נקנה במתנ' שכיב מרע שייך מלד"ה עיי"ש :

והרב כנסת הגדולה בסימן זה הגב"י אות ל"ב כתב בשם מהריב"ל ומהרשד"ס סימן שכ"ג דאמרינן מצוה לקיים דברי המת אפילו בדבר שלא בא לעול' ואין בו ממש אבל מהרי"ט סי' קל"ז חולק עיין שם והרואה דברי מהרשד"ס וז"ל ועוד א"ל דמטעם אחר זכתה לאה

ובניה

ובניה בבית מטעם מצוה לקיים דברי המת דאמרי' בגיטין בפר' השולח וכו' הכא נמי הרי לוה ליורשים שלא יוכלו להוציא לאה ובניה עד עשרים שנה וסלק כחם מזה וכו' עיין שם וא"ל דס"ל דלא אמרי' מצוה לקיים דברי המת בדבר שאין בו ממש אלא בנ"ד שהם כבר מוחזקי' בבית והוא לוה ליורשים שלא יוכלו להוציאם וסלק כחם דמדמי' לה לשפחה דפטרה ממלאכה מיהו י"ל דשאני שתרור דיש לנו לומר מצוה לקיים דברי המת יותר משאר דברים כמו שכ' התוס' בפ' מ"ש והר"ן בפ"ק דגיטין ע"ש :

ט' הג"ה אם קדמו היורשים ומכרו וכו' מהר"ם בן חביב בתשו' בספ' גו"ר כלל ה' סימן א' כת' דאין היורשים חייבים מדין מזיק שעבוד חבירו אבל שלים בקדם ומכר חייב לשלם וה' המחבר סי' י"ד חלק עליו דאפילו אחר שמכר אינו חייב עיין שם :

סימן רנ"ג

א' דין א' רלו כותבין רלו עושין דין וכו' ה"ד במתנת שכיב מרע במקלת דבעי קנין ואם עמד אינו חוזר אבל במצוה מחמת מיתה או כותב כל נכסיו וכו' כיון דקי"ל כל שאלו עמד חוזר חוזר הוא במתנתו אין עושין דין דכיון דמעיקרא חיישי' שמא חזר בו ואין יכולים לעשות דין מיד אף על גב דלא חזר בו מעיקרא עדים הוו ואין עד נעשה דיין הרמ"ה בפ' י"ן סי' ל"ז וסימן מ' עיין שם אבל הר' יונה כתב וז"ל מסתבר' דכיון דאמור רבנן דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו אף בלואה שמצוה ליתן לאחרים שאין ראויים ליורשו כך נעשו דיינים דמתנת שכיב מרע כירושה שויוה רבנן והרי אינה חלה אלא לאחר מיתה כעין ירושה וכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון וכו' עיין שם וכן דעת הטור עיין שם הרי דאפי' במתנת שכ"מ בכל נכסיו דהוי דרבנן אף על גב דיכול לחזור נעשו דיינים והר"י א"ז הובא בתשו' הרא"ש חלק שני סי' ל"ה כתב וז"ל אף על גב דאמרי' בפרק י"כ ג' שנכנסו לבקר את החולה בלילה כותבין ואין עושין דין אלמא כל מעשה בית דין ואפילו מדרבנן אין לעשותו בלילה דמתנת שכיב מרע היא מדרבנן כר"כ בפ' מ"ש יש להעמידה במתנת שכיב מרע במקצת דההיא דאורייתא היא וכולי א"נ בלא קנין וכמ"ד מתנת שכ"מ דאורייתא אבל קיום שטרות דרבנן אפשר דכשר בלילה וכו' עיין שם ונראה דס"ל דאף על גב דאמרינן בפרק מ"ש המוכר שט"ח לחבירו אפי' יורש מוחל ואלו נתנו במתנת שכיב מרע אינו יכול למחול משום דעשאוה כשל תורה עיין שם דס"ל דלא לכל מילי עשאוה כשל תורה כמ"ש מהר"ס מפדווא סי' כ"ד בלואה בעש"ג וז"ל שתקנת חכמים היא שתקנו בשטרות העולים בעש"ג שיהיו כשרים וכו' וגם מתנת שכיב מרע שככתובים וכמסורים דמו הוא תקנתא דרבנן וכו' ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ואף על גב דאיתיה בפ' מ"ש דהאי תקנת' דשכיב מרע אף כי אינה של תורה עשאוה כשל תורה וכולי אם כן נאמר מאחר שהעדיפו תקנה זו והחזיקו אותה כשל תורה כדי שלא תטרף דעתו לא שייך לומר תקנתא לתקנתא לא עבדינן ע"כ לא לכל מילי היא כאלו היתה מן התורה דהא רב אלפס בפ' י"נ לפי שיטתו דסבר דמתנת שכיב מרע אלמנתו ניזונת מנכסיו וכו' נראה בהדיא דאם היתה מתנת שכיב מרע דאורייתא היתה דוחה חברתה כמו מתנת בריא ומכירה ואם נחשוב תקנה זו כאלו היתה דאורייתא למה לא תדחה חברתה דאלמנה ניזונת אלא ודאי לאו לכל מילי עשאוה כשל תורה אלא למאי דאיתמר איתמר והכו דלא נוסיף עלה עכ"ל הרי דמתנת שכיב מרע לא עשאוה כשל תורה לכל מילי ולא חשו שלא תטרף דעתו עליו אלא למאי דאיתמר איתמר וכ"ש הכא דלא שייך ה"ט והרשב"א הובא בס' א"ז בפרק הגוזל בתרא כת' וז"ל ועוד א"ל דלוהה אפי' שלא במקום האפטרופ' מקבלים עדים לפי שמתנה שכיב מרע אלמוה רבנן ועשאוה כירושה כדי שלא תטרף דעתו עליו וטפי ממתנה ומכירה דעלמא עשאוה שהרי המוכר שטר חוב לחבירו אפילו יורש מוחל ואלו נתנו במתנת שכ"מ אינו יכול למחול כדאיתא בפרק מ"ש ואלו היו עושין בלואה כן ואין מקבלי' עדים תטרף דעתו עליו וכו' ע"ש משמע דס"ל דעשאוה כירושה לכל דבר הפך מהר"ס מפדווא מיהו ה"ד כדי שלא הטרף דעתו אבל הכא דלא שייך ה"ט אפ' דעושין דין בלילה במתנת שכיב מרע דרבנן אבל הר"י והרא"ש והטור פליגי על א"ז וסבירא להו דאפי' במתנה דרבנן אין עושין דין בלילה שהיא כירושה וכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון ועוד דהא קי"ל בסי' מ"ו דאין מקיימין שטר בלילה שהוא כמו דין אף על גב דקיום שטרות דרבנן וכל שכן במתנת שכיב מרע דעשאוה כשל תורה:

ב' דין ב' יטול וכו' או יגבה הוי לשון מתנה כאלו אמר שאני נותנם לו הרשב"א בתשו' חלק רביעי סימן רי"ג עיין שם :

ג' דין ג' וי"א שאינם מועילים וכו' ה' עבודת הגרשוני סימן מ"ה הוכיח דמרן ס"ל דמועילים בבריא שהרי פסק דלשון מניח מועיל בשכיב מרע ואם כן אמאי לא חשיב רב ששת לשון מניח נמי בהדי יטול וכו' אע"כ דרב ששת מיירי בבריא לכך לא נקט מניח דאינו מועיל בבריא עיין שם ובמהריק"ו שרש ל"ד ולא ראו תשוב' הרשב"א חלק שני סימן של"ח וז"ל שאלת שכיב מרע שאמר הריני מניח וכולי שאמרו לך משמי שלשון מתנה הוא וק"ל הא דאמר ר"ש יטול וכו' ומניין להוסיף על מ"ש חכמים ואם יש עוד לשון מתנה למה פרט אלו תשובה כן וכו' ותמה אני על מה שעלה בדעתך דרב ששת בא לכלול כל הלשונות שהם לשון מתנה בשכיב מרע שא"כ נכסי לך אינו לשון מתנה כיון שלא נכלל בכללי דרב ששת ולא עוד אלא אפי' תנו מנה לפ' לא יועיל שלא הזכירו רב ששת בכללו כמ"ש יקנה יחזיק בנכסי ואפשר נתכוון לומר אלא שיטול מעצמו אבל הוא אינו נותנם לו או יטול אותם ויחזיק בהם ויקנה בדמים אבל לא נתכוון למתנה זו שבא ר' ששת להשמיענו בלשונות אלו שכל אלו לשון מתנה הם בשכיב מרע אבל כל שאמר אני מקנה או אני מחזיק פ' בנכסי אין צריך להשמיענו וכן לשון אני מניח נכסי לפלוני וכולי עכ"ל הרי דס"ל דיטול וכולי אין מועילים אלא בשכיב מרע :

ד' כתב מהריט"ץ סימן כ"ח על שכיב מרע שצוה ואמר הבתים שבמקום פ' הם חלק ראובן והבתים שבמקום פ' הם חלק שמעון בנו הוי לשון מתנה כמו האומר הרי היא שלו בסימן רמ"ה עיין שם וכה"ג אמרינן בר"פ השולח בטל הוא דבריו קיימים ופירש"י משמע בטל יהא ומסקינן דמשמע הכי ומשמע הכי ולישנא דמהני ביה קאמר עיין שם ועיין במבי"ט חלק ראשון סימן שכ"ב :

עוד כתב מהריט"ץ טעם אחר דכל שקנו מידו אלים כח הקנין שאינו בא על דבר שאין בו ממש כמ"ש הרשב"א בתשובות שהביא הב"י סימן רנ"ג עיין שם וכן נ"ל ראייה מתשו' הרשב"א חלק שני

סימן

סימן ע"ז וז"ל ואע"פ שלשון יהיו נכסיה' משמע שכך גמרו בדעתם שיהיו הנכסים לנשאר אבל עדיין לא נתנו ולא גמרו מתנתם מכל מקום וכולי ועוד שהקנין לעולם מתקן הענין לפי שאין קנין בא על דברים שאין בהם ממש וכולי הכא נמי דכוותא כאילו אמר כך הסכימו שיהיו הנכסים למי שישאר והרי אנו מקנים כל א' וא' חלקו לחבירו וכולי עיין שם מיהו נראה דהרשב"א אזיל לטעמיה דסבירא ליה דלשון יטול ויחזיק וכו' מהני בבריא אבל לדעת מהר"י ן' מיגש והרמב"ם והרמ"ה דסבירא להו דלשון יטול ויחזיק וכולי לא מהנו בבריא ואין הקנין מתקן הענין הכא נמי לשון יהיו לא מהני בבריא אלא בשכיב מרע וכן כתב מהריט"ץ עצמו סימן קפ"ו ע"ש והכא נמי דכוותא לא מהני בבריא ובמתנת שכיב מרע במקצת :

ה' כתב מהריט"ץ סימן קפ"ו אף על גב דלא אמר תקנה או תזכה כיון דאמר תהא שליטאה הרי הקנה לה שהרי אמרו יקנה או יחזיק או יטול או יזכה כולם לשון מתנה הם ובודאי דשלטאה על הנכסים עדיף טפי ויש ראייה מהכתוב ולא ישלטנו אלהים לאכול ממנו אין אדם שליט ברוח הרי משמע שהם שלו כשישלט עליהם והריב"ש בתשובות שכתב דודאי דלשון שליט לכל הפחות יהא אפטרופוס והביא ראייה מדכתיב ויוסף הוא השליט וכולי הרי כ' לכל הפחות יש לו דין אפטרופוס כלומר דמן הראוי לשון קנין וזכות הוא היכא דשייך אבל לכל הפחות בנדון שאלו ממני שהוא רוצה להיות אפטרו' ודאי דמהני לשון שליט עיין שם ולא ראה מ"ש בתשו' הרא"ש כלל פ"ד סימן ב' שכ' וז"ל וגם אני אומר מ"ש בשטר וכל ימי מיגר ארמלותיך היא תמשול בכל הנכסי' אינה לשון מתנה ולא לשון אפטרו' וכו' אלא לשון ממשלה וזה אינו לשון מתנה אלא לשון אפטרופוס והשליטו ומינו על נכסיו כד"א אל עבדו זקן ביתו המושל בכל אשר לו וכי הוא מושל בכל ארץ מצרים וכל הארץ היתה לפרעה אלא שהיה יוסף משנה ומושל וכאלה רבות עכ"ל הרי דלשון שלטאה וממשלה אינו אלא אפטרופוס אפילו יש לשון שהם שלו מכל מקום יד בעל השט' על התחתונה וכבר האריך ה' פני משה חלק ראשון סימן ל"ה אבל מהרא"ם בתשובות חלק שני סימן ע"ו כ' דל' רשאה ושלטאה אינו אלא אפטרופוס וכמ"ש הריב"ש סימן ק"ע על מי שהניח אלמנתו רשאה ושלטאה בכל נכסיו שאין בל' רשאה ושלטאה אלא כמו אפטרופוס או לכל היותר שיאכל פירות בחייו וכולי עיין שם :

ו' דין ח' נוטלין כ' זוז עודף וכולי דכיון דלא צריך לומר בראוי לה ואמר דרשי' ליתנא יתירא דלטפויי אתא וכתב הרמ"ה בפ' י"נ סימן קל"ו וז"ל וכ"ת נמאי דלטפויי מילתא אחריתי קאתי דילמא השתא נמי בחובו קאמר וכי איצטריך למיפטריה משבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים א"כ משום דאין נזקקים לנכסי יתומים קטנים וכו' משכחת לה כגון דקבע ליה זמנא דלא ליגבי אלא לאחר מיתה דקי"ל כר"ל ואפי' מיתמי א"נ דמהימני' למיגבא מירתאי בתריה בלא שבועה והוא דלית ליה השתא בנים קטנים דאם כן הא קי"ל אין נזקקים לנכסי יתומי' קטנים דחיישינן לשובר וכולי אלא היכא דהימני' למגבא אפילו מיתומים קטנים בלא שבועה וכולי עיין שם מבואר דסבירא ליה דוקא אם קבע לו לגבות אחר מיתה אבל כשקבע זמן אחר ומת בתוך הזמן אף על גב דהשתא גובה בלא שבועה כיון דהא לא ידע שימות בתוך הזמן לא הוי ליתנא יתירא דאיצטריך לפוטרו משבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים ואם כן אינו נוטל אלא חובו ואם יש לו בנים קטנים אפילו קבע זמן לאחר מיתה לא הוי ליתנא יתירא דאיצטריך לגבות מיד מיתומים קטני' אא"כ האמינו בפי' לגבות אפילו מיתומים קטנים בלא שבועה אבל אין נראה כן דעת הפוסקים וגם הטור לא הזכיר דברי הרמ"ה בזה ונראה דס"ל דלא דרשי' ליתנא יתירא לפטרו משבוע' הבא ליפרע מנכסי יתומי' דאין לעקור תקנת חכמים דהבא ליפרע מנכסי יתומי' לא יפרע אלא בשבועה וכה"ג כתב הרי"ף בפ' הכותב דקאמר אבא שאול אבל מה אעשה וכולי דכל שאמר נקי נדר וכולי אף על גב דמשמע שפטרה אפי' מן היורשים מ"מ אין לעקור תקנת חכמים בלשון סתום עד שיפרש בהדיא מן היורשים עיין שם וכ"ש דלא דרשינן ליתנא יתירא לפוטרו משבועת היורשים אלא ליטול חלק עודף וכה"ג כתב מהרא"ד"ב בס' לחם רב סימן ן' והאחרונים גבי נאמנו' וכולי כתבתי דבריהם סימן ע"א עיין שם וכעין זו כ' הרמ"ה בתשובות סימן רס"ט דנוסחא לא קבל עליו וכולי אלא אם כן התנה בפי' עיין שם :

ז' בכולם ידם על העליונה וכו' כן דעת רשב"ם והנ"י דאם לא אמר כראוי לו ולא בבכורתו אלא אמר פ' בני בכורי או לפ' בני סתם ידו על העליונה וכן כתב המ"מ בפי"א מה' זכייה וז"ל והרשב"א כ' וכו' והיכא דלא אמר לא בחובו ולא בראוי לו בכולם ידו על העליונה וכולי וכן כתב ר' שמשון ועיקר עיין שם ועיין בתשובות מהר"ש לרור בס' חוט המשולש סימן ז' וה' בית דוד סימן קל"ג שכתב דרשב"ם ורבי שמשון וכולי וליתא דאם כן לא זכר המ"מ דברי רשב"ם מריה דשמעתא אלא דט"ס ול"ל וכ"כ ר' שמואל או שהיה כתוב ר"ש וטעה המדפיס וכן מבואר בב"י והכנה"ג אות כ"ז הגיה בתשובות הריב"ש רשב"ם במקום הרשב"א מה"ט דלא זכר רשב"ם מריה דשמעתא עיין שם והבאור כת' על דברי רשב"ם וז"ל וא"ת כתב ודאי אם אמר לבני בכור נוטלו בבכורתו וידו על העליונה כיון שהזכיר בכור אבל אם אמר לבני בכור נוטלו בבכורתו וידו על העליונה כיון שהזכיר בכור אבל אם אמר לבני סתמא או לאשתי או לבעל חובי סתמא מתנה נתן להם חוץ מהבכורה והכתובה והחוב וכן כ' הרמ"ה עכ"ל והרואה דברי הרמ"ה בפרק י"נ סימן קל"ו שכתב וז"ל ומנא תימרא דבסתם דלא אמר בראוי לו ולא בחובו אלא קאמר תנו כ' זוז לפלוני בעל חובי במתנה משמע דהוא הדין גבי בכור ואשה חדא דכיון דכי אמר בראוי לו דמשמע טפי גבי בעל חוב בחובו וגבי בכור בכורתו וגבי אשה בכתובתה דנוטלן ונוטל חובו וכל שכן בסתמא דלא אמר בראוי לו ועוד כדאי כפל תנא לאשמעינן גבי בכור היכא דאמר בבכורתו דידו על העליונה ש"מ דלא משכחת להאי דינא אלא היכא דפריש בהדיא וכולי דאלת"ה לאשמעינן בסתמא וכל שכן היכא דאמר בבכורתו או בכתובתה או בחובו אלא מדלא אשמעינן אלא בדפריש ש"מ דבסתמא נמי גבי בכור נוטל ונוטל בכורתו וגבי אשה נוטלתן ונוטלת כתובתה וגבי בעל חוב נוטל ונוטל חובו וכו' ע"ש מבואר דס"ל דאם אמר לפלוני בני בכורי נוטל שתיהם אף על גב דהזכיר בכורי וכן בהאשה ובעל חוב עד דאמ' בבכורתו ובכתובה ובחובו אבל הרא"ש מודה לרשב"ם בהזכיר בכורי דידו על העליונה ולא חלק עליו אלא באמר לבני סתם ותימא על הטור שהשוה לו הרמ"ה ואפשר להגיה במהריק"ו שורש י"ב הרמ"ה במקום הרשב"א דהרמ"ה הוא דסבירא ליה הכי דאומר בראוי לו גרע

עיין

עיין שם ועיין במהרח"ש חלק שני סימן ה' :

ח' ואפי' בב"ח וכולי נסתפק מהר"ם לרור בספר חוט המשולש סי' ז' באמר תנו מנה לפ' לבד ולא אמר בעל חובי ואחר כך נמלא שהוא בעל חובו מי הוי מתנה כיון שלא הזכיר החוב או לא עיין שם ומדכתב הרא"ש בשם רשב"ם דהוא הדין אי אמר סתם מדפרכי' ודילמא בראוי לו נחובו קאמ' ומשני ר"מ היא דדייק לישנא יתירא אלמא אם לא אמר בראוי הו"א דבחובו הוא עיין שם משמע ה"ה באומר תנו מנה לפ' לבד דאל"כ אכתי ל"ל בראוי לימא תנו מנה לפל' וכן משמע מדברי מהרא"ח חלק שני סימן ק"א עיין שם :

ט' דין ט' הג"ה ויש חולקי' בזה וכו' ז"ל הרמ"ה בפרק י"כ סי' קל"ה אלא אפי' אמר תנו ר' זוז לפלוני וכו' וטעמא דמילתא דאף על גב דשוו שיעורים להדדי נמי א"ל דאלו לאקדומי א' א' קמכוון אלא דלא ליהוו כולהו כחדא מתנה אלא ליהוי לכל חד מינייהו מתנה בפ"ע וכ"מ דאי מגבי' להו קרק' בזוזייהו אי הויא כולה חדא מתנה כי שיימינ' ליה קרק' כיהליהו בהדי הדדי הוא דשיימי' להו דיהבי' להו לכולהו קרק' שוה שש מאות זוז ואף על גב דכי פלגי ליה אינהו לא שויא מתנתא דכל חד מנייהו ר' זוז לא יהבי' לו טפי ואית להו פסידא וכי פלגי בפרט ויהיב להו ר' זוז לכל חד מינייהו באפי נפשיה כי יהביה להו קרקע זוזייהו לאו בהדי הדדי מגבי' להו אלא יהבי' לכל חד מנייהו באפי נפשיה קרקע שוה מאתים זוז דלית ליה פסידא לכל חד מנייהו עכ"ל ולפ"ז אם אמר חלי נכסי לפלוני וחלי נכסי לפלוני ודאי להקדים הראשון נתכוון ובעל חוב גובה מן השני תחלה מדלא אמר כל נכסי לפלוני ופלוני :

יו"ד דין יו"ד בנו קודם שהרי הקדימו וכו' בפרישה כתבתי דכל שפירש חלק בנו דינו כדין אם נתן לאחר וכו' הסמ"ע והמבי"ט חלק ראשון סימן קס"ב כתב דטעם הר' יונה משום דדעתו קרובה אגל בנו ולאו דוקא נקט ר' לבנו ור' לפלוני אלא אפילו אין המתנות שוות בנו קודם והוא הדין לבתו אפי' אינה יורשת והביאו הרב כנסת הגדולה אות ס"ט ובאות ס"ה חלק ה' על הסמ"ע והסכים דאין חי' בין נתן חלקים שוים ללא נתן חלקים שוים אלא הכל תלוי בקדימה עיין שם אבל בדברי הר' יונה בש"מ לבתרא לדף קל"ג מבואר כדברי הסמ"ע וז"ל ומפ' רבוותא הא דנקט אחריו דוקא היכא דנתן לזה ר' ולזה ש' אבל ר' לפלוני ומאתים לפ' כיון דהומ"ל ת' לפלוני ופלוני ולא אמר ודאי להקדים זה לזה נתכוון הילכך אם אמר תנו מנה לפלוני בני ור' לפלוני שאינו ראוי ליורשו דינן שוה וילא עליו שטר חוב גובה מכולן כא' ואם אמר מנה לפלוני בני ואחריו ר' לפלוני א"כ מנה לפלוני בני ומנה לפלוני בנו קודם אף על פי שהוא יורש והא' מקבל מתנה כיון שהקדים את בנו לאותו מקבל מתנה עכ"ל הרי דס"ל דאם נתן לבנו ולאחר ואין חלקים שוים גובה מכולם לפי חשבון ומה שהק' הרב כנסת הגדולה מגדון הרא"ש שאין החלקים שוים וכתב דגובה הכל מהיורש עיין שם כבר כ' הפרישה דמ"ש והשלים לבן לא מקרי פי' חלקו וכאלו אמר והשאר לבן ולירושה נתכוון ואפי' אמר והשלים יגתן הוי ל' ירושה אלא אם כן פרט שכום ידוע לבן דאז דינו כאחר עיין שם ועיד נראה דהר' יונה מיירי בנתן לא' מיורשיו יתר מחלקו בירושה דהוי מתנה אבל הרא"ש מיירי כשאין יורש אחר אלא הוא דאפי' אמר והשלים יגתן הוי לשון ירושה וכהאי גוונא כתב הר' יונה שם וז"ל ולא אמרו אין ל' מתנה אלא לשון ירושה אלא ליפוי כח היורש ואם לשון מתנה יפוי כח ליורש אמרי' דמתנה היא אללו ואין מוליאין האשה והבנות וכו' ודוקא ממה שנתן לו בל' מתנה יותר משיעור המגיע לחלקו מן הירושה הוא דאין מוליאין אבל משיעור חלק הירושה מוליאין דע"כ יורש הוי בחלקו ואף על פי שנתן לו בלשון מתנה עד כאן לשונו וכן כתב הרא"ש בפסקיו בשם סברא זו עיין שם והכא נמי אם נתן לאחד מיורשיו יותר משיעור המגיע לחלקו בירושה כיון דבלשון מתנה יפוי כח ליורש אמרי' דמתנה היא אללו ואין בעל חוב גובה ממנו תחלה אבל מחלק הירושה גובה אפי' שנתן לו בלשון מתנה דע"כ הוי יורש והרא"ש לא חלק שם אלא דסבירא ליה דאפי' ממתנה לאחר מוליאין למזון האשה והבנות אבל לענין זה מודה דאם נתן ליורש יותר מחלקו בירושה אמרי' דהוי מתנה ליפוי כח היורש דאין בעל חוב גובה ממנו תחלה כנ"ל וראיתי לה' בית שלמה בתשובה אחרונה באחד שיש לו ג' בנים ולוה ונת' לאחד מבניו שליש נכסיו שכתב בזה דכיון שנתן לו שליש מהבתים והם שלשה אחים שחלקו הראוי לו הוא שליש למאי הילכתא נתן לו בלא"ה זה הנוגע לו בתורת ירושה וכו' נלע"ד לומר דיש לו יתרון לקחת אותו משום מתנה שאם יבא בעל חוב גובה משאר יורשים ולא מזה משו' דחשיב כמקבל מתנה ואף על פי של' מתנה ליורש ירושה היא מכל מקום מהני לדבר זה וכולי עיין שם מיהו ק' ממ"ש הטור בסי' רנ"ו ואם כתב חלי נכסי לבני פלוני וחלי נכסי לבני פ' הא' הוי מתנה והשני הוא אפטרופ' וכו' וכתב הב"י בשם הרא"ש הטעם דהשני הוי אפוטרו' מדלא כתב כל נכסי לפלוני ופלוני בני עיין שם א"ת אימא דהשני נמי הוי מתנה ואם כתב לפלוני ופלוני בני אם יצא עליהם שטר חוב גובי' משניהם כא' לכך פרט אותם להקדים הא' לענין דאם יצא שטר חוב גובין מן השני תחלה מיהו נראה כוונת הרא"ש דאם כתב חלי נכסי לפלוני ופלוני בני הוו שניהם אפטרופוס אבל אם כתב חלי נכסי לפלוני בני וחלי נכסי לפלוני בני הראשון מתנה דאם שניהם הוו אפטרופוס הול"ל כל נכסי לפל' ופ' בני אבל השני ודאי דהוי אפטרופוס דלא גרע מאחר ובנו ואפשר דט"ס נפל בב"י ול"ל דטעמא דהראשון הוי מתנה מדלא וכו' ועיין בתשו' מהר"ס מפדווא סי' נ"א והרב עבודת הגרשוני סימן מ"ד שכ' דהרא"ש לא אמר אלא משום דנראה דעתו דמתנת הבת עיקר :

י"א דין י"ב שכיב מרע וכולי דוקא שכי"מ אבל בריא לריך שישא בתו כדי שיקח הכ' וזו הרב כנסת הגדולה אות פ"א בשם מהר"א ן' יעיש עיין שם וכן ראיתי למהרא"ח סי' ע"ז שכ' דהיינו דוקא בשכיב מרע דמשעת אמירה א' זכה במתנה משום דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו אבל במתנת בריא דלא זכה אלא מכח קנין שהוא גומר א"כ תלה המתנה בתנאי עיין שם אבל הרשב"ן ח"ג סי' קס"א כ' הטעם שוה בין בבריא בין בשכיב מרע דאינו תנאי וכן אם אמ' ישא הבת ותנתן לו המתנה זו הוי תנאי אפילו במתנת שכיב מרע עיין שם וגר' דהיינו לפי טעם הראב"ד דהכא כיון דלא נעשה המעשה אלא אמר תנו וכו' התנאי מבט' המעשה אפילו לא כפל תנאו וכמו שכתב הרשב"ן שם שהראב"ד קיים דברי הרי"ף עיין שם והתימא על הרשב"ן ח"א סוף סי' ל"ה שנדחק בדברי הרי"ף שלא פי' משום דהוה ליה מעשה קודם לתנאי וסיים וז"ל הילכך מה שילא לך מסברתך שאם אמר הבו ארבע מאה זוזי אי נסיב ברתאי נתקיים התנאי אינו כן שכיון שהמעשה הוא תחל' והתנאי

והתנאי לבסוף נתבטל התנאי ונתקיים המעשה ואלו דברי' פשוטים בדברי המפר' עיין שם ולא זכר מ"ש הראב"ד דלא אמרו תנאי כפול ותנאי קודם למעשה וכל דיני דתנאי אלא כשהמעשה נעשה מיד דאין התנאי מבטל המעשה אבל כשלא נעשה המעשה כגון זה שאמר תנו לפלוני מאתים זוז אם יקח בתי התנאי קיים וקלסו הרמב"ן עיין שם וכן ראיתי בשיטה לקידושין בפ' האומר שכ' וז"ל ולר"מ דוק' כגון תנאי בני גד ובני ראובן שהחזיקו בארץ גלעד דלא אתי תנאי ועקר לחזקה אם אין התנאי כתנאי בני גד ובני ראובן אבל מאן דמקני שדה לחבריה בכסף או בשט' ובחזקה ואמ"ל הרי שדה זו קנויה לך לאחר שלשים יום על מנת שתתן לי בתוך שלשים יום מאתים זוז אף על גב דלא כפליה לתנאיה הוי תנאי כיון שלא ירד עדיין בקניקע וראייה לדבר מהא דאמרי' במסכת יום טוב וכו' עיין שם מבואר דסבירא ליה כהראב"ד דאם נעשה המעש' מיד אין התנאי מבטלו ואם א"ל שדה קנויה לך בכסף או בשטר ע"מ שתתן לי מאתים זוז אם לא כפל תנאו אין התנאי מבטלו ודוקא אם א"ל שדה קנויה לך לאח' שלשים יום ע"מ שתתן לי מאתים זוז בתוך שלשים יום לא בעי' משפטי התנאים משום דלא חל הקנין עד לאח' שלשים יום והרמב"ם ומרן שכ' שכיב מרע שאמר וכו' אפ' דה"ה בריא נמי אלא דנקטו שכיב מרע משום סיפ' דאם אמר יקח בתי ויתנו לו מאתים זוז דדוקא בשכי"מ התנאי קיים אבל בבריא בעי' תנאי כפול אבל בשכי"מ אין צריך לכפול התנאי וכל דיני התנאי כמו שכ' הרמב"ן במלחמות ע"ש אבל ברישא שאמר תנו מאתים זוז ויקח בתי אין חילוק בין בריא לשכיב מרע כיון שאינו תנאי אלא מתנה :

ולכאורה נראה דהראב"ד לא אמר אלא בבריא אבל בשכיב מרע דדבריו ככתובים וכמסורים אפילו לא נעשה המעשה מיד כגון שאמר תנו לפלוני ר' זוז אם יקח בתי התנאי בטל והמעשה קיים מיהו אינו מתבטל התנאי עד שיעשה המעשה תחלה מהר"א ן' יעיש בתשובות בספר חוקות הדיינים וכתב הוא דבשכיב מרע דדבריו ככתובים וכמסורים דמו כל שאומר המעשה קודם התנאי הרי הוא כאלו עשה המעשה תחלה קודם קיום התנאי עיין שם אבל הא ליתא דההוא דאמר הבו ארבע מאה זוזי וכו' משמע דשכיב מרע היה כמו שכת' רש"י ועיין בהרשב"ץ ח"ג סימן קס"א וזה לשון הרמב"ן במלח' שם שאלו תלה אותם תנאו קיים לפי שמעולם לא אמרו תנאי כפול בשכיב מרע שכל דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו בין במעשה בין בתנאי שלא יהא צריך לדקדוקי תנאים ותטרף דעתו עליו וכו' ברם נראי' דברי הראב"ד וכו' בדבר שלא נעשה מעשה כגון זה שאמר תנו לפלו' מאתים זוז אם יקח בתי לית דין ולית ספק שלא יטול אם לא יקח בתו והוא האמת עיין שם הרי אפילו בשכיב מרע כיון שלא עשה מעשה התנאי מבטלו ואדרב' מסתברא דשכיב מ"ע כיון שיכול לחזור התנאי הוי כחזרה ויכול לבטל המעשה ואפשר דהרמב"ם ומרן שכת' שכי"מ שאמר וכו' לרבותא משום דבריא אפילו הוי תנאי התנאי בטל דהמעשה קיים אבל שכיב מרע אם אמר תני לפ' מאתים זוז אם יקח בתי כיון שיכול לחזור התנאי הוי כחזרה דיכול לבטל המעשה ולכך אשמעינן דזה לא הוי תנאי אלא שני מתנות והרמב"ן סבירא ליה דבשכי' מרע אין צריך דקדוקי התנאי כדי שלא תטרף דעתו עליו ואפי' היה המעשה קודם התנאי אבל אין נראה כן דודאי תנאי לא הוי כחזרה אלא מפ' דבריו כמו שכת'. הב"ח בא"ה סי' ל"ח ע"ש :

ולכאורה נראה דגם הרז"ה ובעל העיטור אפשר דמודו דלא בעי' תנאי כפול והיינו כמ"ש הר"ן הביאו הב"י סי' רנ"ג וז"ל דכל שכיב מרע שהתחי' הדבר כדרך שיש לו להתחיל אף על פי שלא גמרו אנו גומרים את דבריו כדאמרי' דשכיב מרע באמר כתבו גט לאשתי כתבו ותנו קאמר שכך דרכו של שכיב מרע מתחיל הדבר ונשמע בדרך קצרה וכולי עיין שם והכא נמי אין צריך תנאי כפול כיון שהתחיל בתנאי אנו גומרים אותו אבל בתנאי שקדמו מעשה שלא התחיל הדבר כדרך שיש לו להתחיל אפילו בשכיב מרע התנאי בטל אבל מדברי הרשב"א ח"ב סימן רל"ג שכ' וז"ל ובאמת אלו אמר בפי' וקרקע שנתתי לראובן אני מציה שהוא לשמעון או יתננו ראובן לשמעון ואם יסרב ראובן וכו' דומה לתנאי בני גד ובני ראובן ואף על פי שלא כפל תנאו הא קי"ל דלית הילכתא כר"מ דאמר בעי' תנאי כפול וכו' משמע דלר"מ אפילו בשכיב מרע בעי' תנאי כפול וגם לא סבירא ליה כחי' הראב"ד דאם כן אפילו לר"מ לא צריך תנאי כפול משום דלא נעשה המעשה דאמר אם יתן הקרקע לשמעון יטול מנכסים וכו' וכן מדברי הרמב"ן במלחמות שכ' על דברי הרז"ה וז"ל ודקאמרי' בגמ' אבל אמר ליניסיב והבו ליה אי נסיב שקיל אי אמר הכי וכפל תנאו פשיט' צריכ' למימר עיין שם נראה בהדיא דסבירא ליה בדעת הרז"ה דבעינן תנאי כפול והא דאמרינן אבל אמר ליניסיב והבו ליה אי נסיב שקיל מיירי בכפל תנאו וא"כ פשיטא אבל לפמ"ש מודה הרז"ה דבשכיב מרע דלא בעי' תנאי כפול משום דכל שכיב מרע שהתחיל בדבר שיש לו להתחיל אף על פי שלא גמרו אנו גומרין אותו אבל בתנאי שקדמו מעשה שלא התחיל הדבר כדרך שיש לו להתחיל התנאי בטל ועוד שהרי כ' המ"מ בפ"י מה' אישות בשם הרמ"ה דאפילו למאן דלא בעי תנאי כפול בממון בעי' תנאי קודם למעשה ע"ש ועיין בהרב כנסת הגדולה סי' ר"ז הגב"י אות כ"ח וא"כ אפש' דהרז"ה הכי סבירא ליה דלא בעי' תנאי כפול בממון אבל בעי תנאי קודם למעשה וכן מצאתי להרז"ה בסוף פ' השולח שכ' וזה לשונו ולא בעי' תנאי כפול אלא בגיטא דשכיב מרע וכולי לאפוקי לגיטא מכל ספקא או זימנין דהוי בעל כהן ומתסרא עליה בדלא כפל לתנאיה למאן דאמר דבעי' תנאי כפול הילכך אתקין הכי לכתחילה לאפוקי גיטא מכל פלוגתא ותקנתא דשמואל בתנאי כפול כתקנתא דרב במן יומא דנן ולעלם לשופר' דשטר' וכו' עכ"ל משמע דסבירא ליה דאפילו בשכיב מרע בעי' תנאי כפול לר"מ אלא דלא חיישינן ליה אלא בגט וא"כ הכא לא מיירי בכפל תנאיה ואשמעי' באמר ליניסיב והבו ליה דהוי תנאי :

וישוב ראיתי לה' קול יעקב בתשו' בסוף הספר די"ט שהביא לשון ה' המאירי שכתב לדעת המאור דמיירי בכפל תנאו ותמה עליו מדבריו דפ' השולח ע"ש ולא זכר דברי הרמב"ן ומכל מקו' דעת המאור והרמב"ן והרשב"א דלמאן דבעי תנאי כפול בממון אין חי' בין בריא לשכ"מ וכן כתבו התוספות בפ"ק דקידושין דף ו' עמוד שני בד"ה לא החזירו וכולי וז"ל והכא נמי איתא בפ' מ"ש גבי שכיב מרע שאמר כמדומה אני שאשתי מעוברת אבל עכשיו שאינה מעוברת נכסי לפ' נתגלה שהיתה מעוברת וקאמר התם דלא הוי מתנה משום דמעיקרא לא היה בדעתו ליתנם לאותו פ' אם היתה אשתו מעוברת הכא נמי לא בעי' תנאי כפול כיון שהיו בדעתו לכך עכ"ל מוכח בהדיא דס"ל דאפילו בשכ"מ

בעי'

בעי' תנאי כפול אלא דוקא התם משום שהיה בדעתו לכך וכל שדעתו לכך אפי' בבריא לא בעי' תנאי כפול כמו שהכריחו התוספות שם וכן כתב הרשב"א בתי' בפ' מי שאחזו וז"לשאלו בתוספות וכולי ועוד דמתנת שכיב מרע דקי"ל אם עמד חוזר ואע"פ שכתב בה קנין דאומדי' דעתו שלא נוה אלא על דעת וכולי מכל מקום אין כאן תנאי כפול והן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה וכו' וי"ל דעפי עדיף גילוי דעת וכולי עיין שם הרי דס"ל דאפי' בשכ"מ בעי' תנאי כפול אלא דעפי עדיף גילוי דעת מתנאי שלא כתקנו וה' קהלת יעקב דקפ"ח תמה על הרמב"ן מדאמרינן בפ' מי שאחזו אתקין שמואל בגיטא דשכ"מ אם לא מתי לא יהא גט וכולי ולימא לא יהא גט אם לא מתי בעי' תנאי קודם למעשה וכולי הרי דבשכ"מ בעי' משפטי התנאי ושמא דבגט משום איסור ערוה החמירו לכתחי' עיין שם ולק"מ דדוקא לגבי ממון אמרינן תקנו משום שלא תטרף דעתו אבל באיסורא לא וכן נראה מדברי הרא"ש והטור ומרן סימן רמ"א סי"א שכתב ראובן נתן ממונו לשני בניו וכולי וכתב הסמ"ע סקכ"ד דמיירי בשכ"מ דאפילו נתן בלשון מתנה הוי ירושה ואין לה הפסק א"כ הכא נמי לא אמרינן דילאה המתנה מיד בנו זה שבטל התנאי לכך הוצרך לומר דשאני הכא דנתבטלה המתנה מעיקרא וכאלו לא יצא מיד אביו מעול' כמ"ש מהרימ"ט סי' מ"ח דמיירי בשכ"מ עיין שם ואפ"ה כתב דבעי' משפטי התנאים וכן כתב הרב תורת חסד סימן רמ"ד וה' קהלת יעקב שם אלא דבדברי הרא"ש והטור אינו מוכרח דאפשר דמיירי במתנת בריא אמרינן ירושה אין לה הפסק כמ"ש מהרשד"ם ומהר"י הלוי הביאם הכנה"ג בסימן רמ"ח אות ז' עיין שם וכן נראה מדברי מהר"ם אלשיך סימן ה' כמ"ש מהרימ"ט שם ואם כן אפשר דמודה הרא"ש והטור בשכ"מ דאין צריך משפטי התנאים אבל מרן שפסק בסי' רמ"ח דלא אמרי' ירושה אין לה הפסק במתנה אלא בשכ"מ והכא העתיק דברי הרא"ש דנתבטלה המתנה מעיקרא ונשארת ביד אביו וכולי משמע דמיירי בשכ"מ דאמרי' ירושה אין לה הפסק לכך אילטריך לה"ע ואפ"ה כ' בד"א וכולי אם כן ס"ל דגם בשכ"מ בעי' משפטי התנאים כנ"ל :

י"ב כתב ה' לחם רב סימן רי"ד בשכ"מ שאמר שבתו תנשא לבן שמעון ותהיה לה חולק נחלה כא' מבניו הזכרים דלא הוי תנאי עיין שם אבל הרשב"ץ חלק שלישי סימן קל"ב כ' דאם אמר תנו לבני כו"ך ,וישא בת פ' או לבתי כו"ך ותנשא לבן פ' הרשות בידם לישא או שלא לישא ואם אמר פ' לפ' ויטול כך וכך זכו אם לא קיים דבריו לא יטול כלום וכולי ע"ש הרי דס"ל דגם באומר שבתו תנשא לפ' ותטול כו"ך הוי תנאי :

י"ג דין ט"ן שהרי לא אמר סתם וכולי ואם אמר סתם אפילו אמר תנו לה ליזבא בהם לא הוי כאומ' לכתובתה הרמ"ך בש"מ למליעא :

י"ד דין ט"ז אבל האומר תנו ר' זוז לפ' וכו' כ"כ הריטב"א והרשב"א ועיין בתשוב' הרשב"א ח"א סי' תתקל"ג וח"ב סי' שט"ו אבל מהר"ס בתשוב' הארוכות סימן תתקס"ז כתב וז"ל דבר פשוט כביעתא בכותחא שהאשה גובה כתובתה מאותן מעות שהשליש ראובן ביד שמעון ואמר תנם לבני בנישואין ובריא היה ראובן באותה שעה ושוב מת ראובן ומת בנו קודם הנישואין הרי לא זכה בהם הבן מעולם באותם מעות ולא יצאו מרשות ראובן וכולי שלא רצה שיתנו לו אלא בשעת נישואין ואם כן אם באו לידו קודם נישואין היה צריך להחזיר שלא יצאו מרשות ראובן מעולם וכולי ולפי מה שחי' הע"ש בין אומר לנדונייתא או בנדונייתא עיין שם אין מהר"ס חולק על הרשב"א והריטב"א באומר תנו בנישואין לא זכה אבל הסמ"ע והש"ך הסכימו דהחי' בין אמר תנו או לא אמר תנו דתנו אפי' בנדונייתה זכה :

ט"ו דין י"ח בין אמר מנה סתם וכולי כ' המ"מ בפ"י מה' זכייה דאפשר דכיון דקי"ל דלמנה קבור לא חיישינן ודאי אין אדם מוליא דבריו לבטלה ושוה קאמר עיין שם והכנה"ג הגב"י אות י"ג תמה על המ"מ ועל הרשב"א סימן תר"י דהא מחלוקת ר"מ ורבנן בריש ערכין ובודאי דהלכה כרבנן דסברי אדם מוליא דבריו לבטלה וכן פסק הרמב"ם פ"א מה' ערכין וא"ל דנהי דבבריא אמד"ל אבל בשכ"מ אין אדם מוליא דבריו לבטלה דומיא דאמרינן אין אדם משטה בשעת מיתה אבל א"א דלא עדיף שכיב מרע מהקדש ב"ה דרבנן סבירא להו אמד"ל עיין שם וא"ל דלא פליגי רבנן אלא במעריך פחות מבן חדש דלא מתקני' לישני' מערך לדמים וכן כתב הריטב"א בחי' לכתובות פ' אע"פ גבי מקדיש מעשה ידי אשתו וכולי וז"ל אבל אי טעמא דר"מ משום דנעשה כאומר יקדשו ידי לעושיהם אפשר דהילכתא כוותיה ואע"ג דלא קי"ל כוותיה במעריך פחות מבן חדש התם הוא שאתה משנה לשונו מערך לדמי' אבל הכא כי אמר שהוא מקדים מעשה ידי אשתו י"ל דה"ק שהוא! מקדיש אותם כדין חכמים וכדין תורה דהוי כאלו אמר יקדשו ידי לעושיהם וכולי עיין שם הרי דלה"ט דר"מ משום דנעשה כאומר יקדשו ידי לעושיהם קי"ל כוותיה ודוקא במעריך פחות מבן חדש לא קי"ל כוותיה משום דמשנה לשונו מערך לדמים ואע"ג דלמסקנא דטעמא דר"מ משו' דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא קי"ל כוותיה ומקדיש מעשה ידי אשתו לא חל אא"כ פי' יקדשו ידי לעושיהם או באומר שהוא מקדים כדין תורה ותקנת חכמי' נראה משום דלריך לתקן לשונו אבל שכיב מרע שאמר מנה לפ' אמרינן דאין אמד"ל ושוה מנה קאמר וכה"ג כתב מרן הב"י גבי שכיב מרע שאמר ידור פ' בבית זה זכה בשם הר"ן וז"ל ומהא שמעינן דלא מתקני' לישניה דשכ"מ אלא דייני' ליה כבריא ולא אמרינן וכולי הבית לדירה וכולי לפירות קאמר הילכך שכיב מרע שאמר תנו שט"ח לפ' לא קנה וכולי אבל ראיתי להרמב"ם בפ"י מה' זכייה שכתב וכן אם אמר תנו שטר פ' לפ' זכה במה שיש בשטר וכו' וא"ל לקיים דבריו דכל שכ"מ שמתחיל הדבר כדרך שיש לו להתחיל אע"פ שלא גמרו אנו גומרין את דבריו וכדאמרינן דשכ"מ שאמר כתבו גט לאשתי כתבו ותנו קאמר וכו' אבל שכ"מ שאמר ידור פ' בבית זה וכו' אין לנו לפרש לשון אחר לגמרי כדי שתתקיים כוונתו וכו' עיין שם ואם כן הכא נמי מקדים מעשה ידי אשתו אין לנו לפ' לשון אחר כדי שתתקיים כוונתו דומיא דידור פ' בבית זה דלא אמרי' בית לדירה קאמרי' וה"נ לא אמרי' יקדשו ידי לעושיהם קאמר ואפשר דלמאי דאמרי' דטעמא דר"מ נעשה כאומר יקדשו ידי לעושיה' ה"ד בהקדש משו' אין אדם מוליא דבריו לבטלה דה"נ אמרי' אין אדם משטה על ההקדש כמ"ש הרדב"ז ח"א סימן קע"ו ע"ש ואפשר דה"נ שכיב מרע שאמר ידור פ' בבית זה אמרי' אין אדם מוליא דבריו לבטלה ובית לדירה קאמר וכדאמרינן אין אדם משטה בשעת מיתה ורב נחמן דאמר שכ"מ שאמר ידור פ' בבית זה לא אמר כלום ס"ל כמסקנא דפ' אעפ"י דהמקדים מעשה ידי אשתו לא חל ההקדש ואפשר דלמאי דס"ד אמרי' דהקדש עדיף משכ"מ ולמסקנא

בהקדש

בהקדש נמי אין לפ' לשון אחר בכוונתו אבל הכא אמרי' דשוה מנה קאמר דחסרון לשון הוא ואנו גומרין דבריו ואף רבנן מודו בכה"ג אין אדם מוליא דבריו לבטלה לא נחלקו אלא במעריך פחות מבן חדש דאין לפ' לשון אחר בדבריו מערך לדמים :

ט"ז דין ד' שכיב מרע שאמר הלואתי וכולי וא"ל מעמד ג' וכולי בפרק מ"ש אמר ר"פ הואיל ויורש יורשה ר' אחא בריה דרב איקא אמר הלואה איתיה בבריא דבמעמד ג' קנה וכת' הר"ן הובא בש"מ וז"ל אר"פ הואיל ויורש יורשה אויר נמי דאיתיה בירושה בלא גוף כגון מי ששייר אויר לפלוני שמורישו ליורשיו איתיה נמי בשכיב מרע מיהו טעמא דר"פ לא סליק אלא ה"ט משום וכו' במעמד ג' קנה הילכך אויר דליתיה בבריא בשום ענין אלא אג"ק לא מיקני נמי במתנ' שכיב מרע אלא עם הקרקע עכ"ל ומביאו מרן הב"י ע"ש מבואר דס"ל דר"פ ורב אחא פליגי דלר"פ כל שהיורש יורשה כגון אויר דאיתיה בירושה בלא גוף הכא נמי שכיב מרע יכול להקנותו אף על גב דהוי דבר שאין בו ממש אבל לרב אחא אינו יכול להקנותו כיון דליתיה בבריא בקנין וקי"ל כרב אחא וכן פסק מהר"י ן' מיגש שם גם הרשב"ץ חלק שני סימן רל"ה כתב וז"ל וכן כתבו המפ' שיש בין טעמו של רב אחא לטעמו. של רב פפא שאם אמר גזלתי שגזל ממני פ' לפ' אי קנה או לא דלטעמא דרב פפא קנה שהרי יורש יורשה ולטעמא דרב אחא לא קנה דהא ליתיה במעמד ג' דל"מ לאקנויי הלואה דכפריה אלא בהרשאה וכו' אבל מדברי הגאון נראה שפסק כר' אחא שכ"כ הלואתי לפלוני איתיה בבריא במעמד ג' וכן פסק הר"י הלוי בן מיגש וכן נראה דעתו של הרמב"ם וכולי ולפ"ז א"א שאם הלואה של גוי דלא מהני בה מעמד ג' כמ"ש ר"י בעל התוס' א"כ לא קנה מקבל מתנה וירשו אותה היורשים זה כ"ל עכ"ל ועיין בתשו' אחרת חלק א' סי' י"ג אבל בעל העיטור במאמר קנין כ' ואיכא למשמע מינה דאפי' אינו יורש האויר בלא גוף וכולי וכתב הרב בני יעקב דס"ב דסבירא ליה דאפילו אויר רומא דמלי לשייר בלא גוף אינו נקנה במתנת שכיב מרע דכל דבר שאין בו מ"מ אמרו ואם כן שמעי' דיורש אינו יורשה דאם יורש יורשה היכי אמרי' סתמא דדבר שאין בו ממש לא מקנה ולא ס"ל כהר"ן עיין שם באורך וכן נר' דעת הרמ"ה בפרק מ"ש סימן פ"א ובפרק המוכר את הבית סימן כ"ז גבי בן לוי שמוכר שדה וכולי כתב וז"ל וש"מ טעמא דאמר לי ולבני הא לא"ה אם מת אינו מחזיר לבניו וכולי וה"מ גבי מעשר דכי שיירה למקום מעשר לאו לגמריה שייריה דאם כן במאי נפיק האי לוקח י"ח מחובת מעשר וכו' אלא שעבודא בעלמא הוא דשייר בה וטובת הנאה דאית ביה הוא דשייר לנפשיה וטובת הנאה אינה ממון להורישה לבניו אלא היכא דשייר נמי בפי' וכו' וכ"כ בסימן ל' עיין שם וכן כתב מהריק"ו סימן קס"א ומהר"ם מפדווא סי' ס"ה עיין שם ואם כן נרא' כל שכן דבר שאין בו ממש דאינו מורישו ליורשיו והגמ"ר סוף בתרא הביא דברי בעל העיטור ופסקה מור"ם בסוף סימן רע"ו עיין שם ומלאתי להרשב"א בתשו' חלק שני סימן שפ"ד שכתב וז"ל מיהו לריך להתיישב עוד בדין זה במי שמכר את הבית ולא כתב עומקא ורומא וכו' לפי שיש לחלק דשאני דקל אין הפירות בעולם ולפיכך א"א לשייר אלא אם כן שייר גוף לפנינו אבל האויר ממילא הוא משוייר ואין לריך לשייר גוף שהרי לא נכנס בכלל המכר וכו' ואם כן המוכר גוף לאויר המשוייר לא עשה כלום והביאו מרן הב"י סימן רי"ד עיין שם וא"כ אפשר שזה דעת בעל העיטור ומהר"ם הלוי בתשו' סימן כ"ד האריך עיין שם והרב מח"א הוכיח דטובת הנאה אפילו אינה ממון לא הוי כדבר שאין בו ממש שהרי יורש יורשה ודבר שאין בו ממש שאין היורש יורשה כדמוכח בפרק מ"ש וכבר תמה עליו מהריט"א בס' נאות יעקב :

י"ז הג"ה אבל לא בהלואה שיש לו ביד גוי וכו' וכן כתב מהר"י מברונא סי' רי"ב דשכיב מרע שהקדיש הלואה שביד ישראל קנה המקבל אבל לא בהלואה שביד גוי כיון דליתיה במעמד ג' כמ"ש התוספות בפרק קמא דגיטין ליתיה בשכיב מרע וכן כתב הרשב"ץ חלק שני סימן רל"ה עיין שם ועיין בס' פני משה חלק שני סימן כ"ט שכן פסק מהר"ש הלוי והרב המחבר סימן ס' חלק עליו וכן מהרימ"ט סי' כ"ב חלק על מהר"י באופן בזה עיין שם ואלו ראו דברי מהר"י מברונא והרשב"ץ היו מודים ומה שדחה מהרימ"ט דהיינו דוקא. לענין שהנותן יכול לחזור בו דלא הפקיעו חכמים ממונו על ידי מע"ג דגוי אבל כל שלא חזר בו הנותן זכה המקבל וכיון שיש דרך להקנותו איתיה במתנת שכיב מרע והסכים עמו ה' נחפה בכסף סימן כ"ז עיין שם כבר כתבתי בסי' קכ"ו דין כ"ב דמדברי התוס' והמרדכי והסמ"ג ומהר"ם בשם ר"ת מוכח בהדיא דאם הלוה גוי גרע טפי ממקבל גוי ואפי' לא חזר הנותן לא קנה דאינו זוכה לאחרים אבל אם המקבל גוי כל שלא חזר בו הנותן ישראל הלוה זוכה לגוי עיין שם באורך ואם כן אין דרך להקנותו וליתיה בשכיב מרע וכן הסכים הרב עבודת הגרשוני סימן י"א עיין שם וכן נראה עיקר דמלוה על פה של גוי לא קנה כדברי הרשב"ץ ומהר"י מברונא שם ושאר אחרוני' מיהו במלוה בשטר כתב מהר"י מברונא שם דאם השטר ביד המקבל ואחר כך נתן לו הלואתו סמוכא דעתיה וקנה וכן אם היה במשכון והיה ביד המקבל מתנה ואחר כך נתן לו הלואתו קנה עיין שם :

כתב ה' עבודת הגרשוני שם דהיינו דוקא במתנת שכיב מרע לאיש נכרי אבל לא' מבניו אפי' לשון מתנה הוי ירושה וגם הפוסקים דס"ל דאם אמר ל' מתנה ממש אפילו ליורש הוי מתנה ה"ד באומר אחריך לפ' דאמרי' דהוי מתנה שלא לבטל דבריו שאמר ואחריך לפלוני דאם הוא ירושה אין לה הפסק אבל הכא לכ"ע אפילו לשון מתנה ממש הוי ירושה וזכה בהלואה וע"ש עוד סי' ע"א ואין נראה כן מדברי הרמ"ה בפרק מ"ש סי' נ"ח שכ' איכא מ"ד (א"ה עכ"מ והשאר חסר) :

י"ח דין כ"א שכיב מרע שא' ידור פ' וכולי כתב מהריב"ל חלק שלישי סי' נ"ג דא"ל דהיינו היכא דליכא מלוה לקיים דברי המת כגון שלא לוה ליורשיו אבל אם לוה ליורשיו לדעת הרמב"ן דאמרי' מלוה לקיים דברי המת אפי' שלא הוליא דבר מתחת ידו הכא נמי אם לוה ידור פ' בבית זה כופין את היורשי' לקיים דברי המת והביא ראייה דאפי' בדבר שאין בו ממש ודבר שלא בא לעולם אמרי' מלוה לקיים דברי המת עי' שם באורך וכן כתב מהרשד"ם סי' שכ"ג אבל מהרי"ט סי' קל"ו חולק והביאו הרב כנסת הגדולה סי' רנ"ב הגב"י אות ל"ב עיין שם וז"ל הרמ"ה בפרק מ"ש סימן פ"ד וכ"ת מ"ש ידור פלוני בבית זה דלא אמר כלום דדבר שאין בו ממש הוא ומ"ש ההיא דגרסינן בפ' השולח מי שאמר בשעת מיתתו פ' שפחתי וכו' כופין את היורשים ועושין לה קורת רוח מלוה לקיים דברי המת ואף על גב דקורת רוח ממלאכה לאו דבר שיש בו ממש הוא אמרי'

אמרי' מצוה לקיים דברי המת הכא נמי לימא מצוה לקיי' דברי המת שאני התם דלא לאקנויי ליה מידי מעלמא קאתי אלא למיפטרא ממילתא דמחייב' בגוה קאתי וכל כה"ג איתיה נמי בבריא אפי' בדבר שאין בו ממש מ"ד אשבועה דאף על גב דלית בה ממש מהני קנין למיפטר מינה עכ"ל מבואר דס"ל דדבר שאין בו ממש ודבר שלא בא לעולם לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת ושאני קורת רוח דאיתיה נמי בבריא :

י"ט דין כ"ד

תנו חלק לפלוני מנכסי וכו' הרא"ש כתב בשם רשב"ם דמספק"ל אי חלק חצי או חלק כל דהו לכך חולקים מספק דקיימא לן כסומכוס דממון המוטל בספק חולקין ור"י פסק דהלכה כרבנן דהמוציא מחבירו עליו הראייה וכו' וכן פסק רב אלפס כרבנן דסומכוס והא דפשיט גמר' בעין ממילתא דסומכוס לאו מטעם סומכוס אלא מטעם משום דחלק סתם משמע רביע וכולי וכן כתבו התוס' בבתרא דל"ה בד"ה ומ"ש וכולי עיין שם אם כן דעת רשב"ס והרי"ף והתוס' חלק סתם משמע רביע אלא שכ' רשב"ס שמא יותר מרביע עיין שם להרי"ף והתוס' דנקט רביע בדוק' וכן כתב הרמ"ה בפרק המוכר את הבית סי' כ"ו שאין דרך בני אדם לומר חלק סתם על פחות מרביע וכולי ולא משום ממון המוטל בספק הוא וכולי דאם כן הוא דינא למיהב ליה טפי מרביע דהא ברירא לן דאין ליה למשקל חלק כל דהו ואי במילתא דפלגא הוא דמספק"ל וכי שקיל בההוא ספיקא אשתכח דקא שקיל יותר מרביע אלא טעמא דמילתא משום דחלק סתם אין פחות מרביע וכו' עכ"ל ורמב"ן דק"ה ע"ג כתב וז"ל האומר תנו חלק לפלוני בכור סומכוס אומ' אין פחות מרביע המקבל מתנה אומר חצי תן לי חלק א' משני חלקים והיורש אומר לא נתן לך אלא חלק כל דהו פלגא שקיל יורש דהא מודי ליה מקבל מתנה ואידך פלגא מוטל בספק דשמא חלק אחד משני חלקים קאמר כדטען מקבל מתנה ושמא חלק כל דהו כדטען יורש לכך אמר סומכוס דשקיל רביע של כל דבור דהוא החצי החלק שחולקי' עליו סומכו' לטעמיה דאמר ממון המוטל בספק חולקין ובכי האי ספק לא פליגי רבנן עליה דסומכוס כדפי' ריב"ק וכו' עכ"ל וכר' דס"ל דטעמא הוי ממון המוטל בספק ואפילו הכי אינו נוטל אלא רביע כדק' משום דמקבל מתנה מודה בחצי שהוא של יורש וחצי אחר שהוא ספק חולקין אותו ורבנן מודו לסומכו' בספק כזה כמ"ש דף פ"ז ע"ש הטעם :

סימן רנ"ה

א' דין ג'

אבל חולה שהקדיש וכולי בשעה שהקדיש וכו' עיין במגדל עוז שהעתיק דברי מהר"י הלוי שפי' דבשעה שהקדיש אמר כן דאל"כ הא מ"ל אם שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו אם יכול לחזור וקי"ל תיקו חומרא להוצא וקולא לנתבע והינו יכול לחזור אם כן אם אמר תנו אין נותנין ומה שהק' הס"ך דאפילו את"ל אינו חוזר א"ש דברי רב הונא דודאי אם בא לחזור אינו יכול אבל הוא אינו חוזר אלא שאומר מנה לפ' בידי וזה לא הקדישו מתחלה והדרבא התו' ובאר פוסקים הק' תפשוט מהכא דאינו חוזר דאם יכול לחזור מאי איריא דנאמן משום דאינו עושה קנוניא על הקדש תפ"ל דבלא"ה נאמן שהרי יכול לחזור עיין שם לק"מ דכשאין למלוה שטר הא דקאמר מהר"י הלוי דאם אמר תנו אחר הקדש אין נותנים דכיון דאין הנכסים שלו דכבר זכה ההקדש ואינו יכול לחזו' בו ודאי דאינו נאמן לחוב להקדש :

סימן רנ"ז

א' דין א' הג"ה

המקדיש קרקע וכולי כן הוכית הרשב"א ח"א סי' תקס"ג מס"פ המוכר את הבית דלא אפשר שיהא הגוף להקדש והפירו' לחולין ע"ש והרמב"ס בפ"ו מה' ערכין כ' וז"ל האומר שור זה הקדש לאחר ל' יום ושחטו בתוך ל' יום הרי זה מותר בהנאה הקדישו למזבח הר"ז מוקדם אבל אם אמר הרי זה הקדש מעכשיו לאחר ל' יום ושחטו בתוך ל' יום הרי זה אסור בהנאה וכולי וכ' המח"א בהגהותיו דס"ל דלא כהרשב"א שכ' דאם הקדש מעכשיו ולאחר ל' יום דלא הוי הקדש ובפי' אמרו בירושלמי פ"ג דקידושין הקדיש לאחר ל' יום אר"י שייך גיזותיה ע"ש וליתא דז"ל הרשב"א בתשובות חלק שלישי סימן קכ"ב ועוד דהא דאמרי' בירושלמי ליידא מי לא אמר לאחר ל' יום לשייר לו גיזה ועבודה נ"ל דהא לאו כגמרי' דכל שהקדיש גופא מהשתא א"א לשייר חלבו ויניקה וכו' בגר' בשלהי המוכר את הבית וכולי ואס"ד שור שייר אמאי מדנפשייהו קא ינקי כלומר אא"כ לא שייר קרקע שפיר דאע"ג דקונה אילנות בשל חבירו דלא קנה קרקע אפ"ה יש לו לקיימם שם כל ימי האילנות דמדינא יניק בקרק' של מוכר במוקדי' אי אפשר משום דכל השדה להקדש א"א לשייר בו יניקה לאילנות של הדיוט אא"כ שייר בגוף הקרקע וא"א יש לו בגוף הקרקע מדנפשייהו קא ינקי אלמא אליבא דגמרי' א"א לשור להיות מוקדם מעכשיו לעולה ושיהיו חלבו וגיזותיו ועבודתו לחולין עכ"ל הרי שהרשב"א דחה הירושלמי מגמרי' דס"פ המוכר את הבית ועוד דמ"ד בירושלמי דאם הקדיש לאחר ל' יום שייר גיזותיה קאמר דאם נמכרה בתוך ל' יום אינה מכורה הקדישה לא קדשה והרמב"ס פסק דאם שחטו בתוך ל' יום מותר הקדישו למזבח הרי זה הקדש אם כן סבירא ליה כמ"ד בירושלמי התם דאם מכרה מכור הקדישה קדשה וכבר כ' הרשב"א בתשובות שם דקי"ל הכי משום דרב זעירא ור' אבהו דאמרי הכי משמיה דר"י הו"ל תרי לגבי מ"ד משמיה דר"י אינה מכורה ואין דבריו של א' במקום שנים ועוד דבגמ' דפ' האומר משמע דלכ"ע אתי עשה ומבטל מעשה כי הא ועוד דא"א לשייר גיזה ועבודה עש"ב ונראה דמה"ט פ' הרמב"ס באם אמר הרי זה הקדש מעכשיו לאחר ל' יום ושחטו בתוך ל' יום אסור בהנאה משום דלא שייך לפ' גוף מהיום ופירות לאחר ל' יום דא"א לשייר בהקדש אלא תנאה הוי או חזרה והכי אמרינן בירוש' פ' מי שאחזו דאם אמר מעכשיו ולאחר ל' יום בהקדש לכ"ע אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכתב ר' בצלאל בתשובו' סימן ע"ו משום דלא מהני חזרה בהקדש ולכ"ע תנאה הוי ולא חזרה עיין שם וכו' דסבירא ליה כיון דחזרה לא מהני בהקדש אמרינן דתנאה הוי ולא חזרה משום דאין אדם מוליא דבריו לבטלה כמ"ש מהרא"ח חלק שני סימן ל"ז דכל שאנו יכולים לפ' דברי האדם בל' המועיל אפילו רבנן מודו דאין אדם מוליא דבריו לבטלה עיין שם וה"נ כיון דבהקדש לא מהני שיור ולא חזרה אמרינן דתנאה הוי ושוב ראיתי להרב כנה"ג בתשו' סימן קל"ה שכתב שהמקדים מעכשיו ולאחר מיתה מפ' מהיום לענין שלא יוכל לחזור בגוף אבל הפירו' לא הקדיש עד לאחר מיתה דתנאה הוי והביא ראייה מדברי הרמב"ס בפ"ו מה' ערכין אלא שהוכיח אח"ך מדברי הרמב"ס בפ"ג מה' מעילה

שכתב ולד קדשים לא יינק מאמו אלא מבהמה אחרת חול וכולי דסבירא ליה דאינו יכול להתנות כן וכן מבואר מדברי הרמב"ם בפי' המשנה עש"ב ואפילו נימא דחזרה הוי דאדם מוליא דבריו לבטלה לרבנן כיון דלא מהני חזרה בהקדש ממ"כ חל הקדש בין אם תנאה הוי או חזרה וא"ת דאמרינן בפ' האומר באומר הרי את מקודש' לי מעכשיו ולאחר ל' יום דרב מספק"ל אי תנאה הוי או חזרה הוי והא בקידושין קי"ל דתכ"ד לאו כדבור דמי ולא מהני חזרה כמו שפסק הרמב"ם ומרן בא"ה סימן ל"ח סל"ד ומשמע שם דמקודשת ודאי מדאורייתא כמ"ש ה' בית שמואל שם ואם כן ממ"נ מקודשת לא' כבר תי' הרשב"א והריטב"א בחי' בפ' האומר דהתם קודם נתינת המעות אמרה לשון זה דיכול לחזור עיין שם אבל בהקדש דאמירתו לגבוה כמסירה מיד ואמר מעכשיו חל ההקדש ואינו יכול לחזור ובזה ניחא הא דתניא בקידושין די"ג מכל לאומר לאשה התקדשי לי מעכשיו ולאחר ל' יום ובא אחר וקדשה בתוך ל' יום שמקודשת לא' דלרב דמספק"ל אי תנאה הוי אי חזרה א"ל דמיירי אחר נתינת המעות דלא מהני חזרה והרשב"א בחי' שם כ' דע"כ מיירי בפי' דאמר מעכשיו אם אין אני חוזר בי מכאן ועד ל' יום ע"ש וכן נ"ל לדעת רשב"ם בפ' י"נ שכ' דהא דאמרינן דתכ"ד לאו כדבור דמי בקידושין חומרא דרבנן וספק מקודשת היא עיין שם ואם כן ברייתא אפי' אחר נתינת מעות לא אתי שפיר דאם הוא חזרה קידושין שני חיילין מדאורייתא ומדרבנן הוא דחיישי' לקידושי' א' והיכי קתני שמקודשת לא' אלא ע"כ באומר בפי' מעכשיו אם אין אני חוזר בי עד ל' יום ואם כן ההיא דאומר הרי זה הקדש מעכשיו (א"ה עכ"מ והש"ר קצוע ואת"ך מלאתי גם הר"ן וכולי) :

גם הר"ן הובא בש"מ סוף פ' המוכר את הבית כתב וז"ל והס"ד וכולי פי' אי אמרת בשלמא דלא שייר אתי שפיר אף על גב דמדינא מלי לשיורי אילנות גביה כל זמן שיתקיימו וכדאמרי' בהדיוט אפילו הכי כיון שאין לו קרקע ולכשימות יחזו' הקרקע להקדש נחזי כאלו ינקי משדה הקדש ומ"ה יהיב דעתיה לאקדושי עם הקרקע וכו' עיין שם הרי דסבירא ליה דמדינא יונקים האילנות כל זמן שיתקיימו ומדרבנן הוא דאסור כנראה כאלו ינקי משד' הקדש ואפילו הכי אמרינן דעתיה מהאי טעמא שהקדישו עם הקרקע ואם כן הכא נמי אם הקדש מהיום והפירו' לאחר מיתה אין לבטל הקדש דחל מדאורייתא משום היכו' דרבנן דנראה כאלו יונק משל הקדש וכן נראה לכאורה דהא קיימא לן דאם אמר לא' קנה דקל חוץ מפירותיו שייר לעצמו גם מקום הפירות דכל לגבי נפשיה בעין יפה משייר כדאמרי' בפ' מ"ש וכמבואר בס"ח סי' ר"ט ע"ש והכא נמי באומר גופא מהיום ופירא לאחר מיתה הוי כאלו שייר לעצמו בהדיא מקום היניקה וכן כ' המבי"ט חלק שני סימן ק"ח באחד שהקדיש קרקע הגוף מעכשיו והפירות לו ולבנותיו כיון דאמרי' דשייר לעצמו בעין יפה כאלו שייר מקום הפירות הכא נמי לבנותיו והביאו הרב כנסת הגדולה בסי' ר"ט אות ס"ח ע"ש :

מיהו אפשר דהרמב"ם סבירא ליה כהרשב"א דבאומ' במהיום ולאחר מיתה בוי"ו הוא דיש לספק אי תנאה הוי אי חזרה הוי במתנה גוף מהיום והפירו' לאחר מיתה וזה לשון הרמ"ה בפרק י"נ סי' קע"ז וכת' מכדי וכו' דכי היכי דמספק"ל גבי גט בין תנאה לחזרה גבי מתנה נמי איכא לספוקי בין פירא לחזרה ואם כן מ"ש גבי גט דחיישינן לחזרה ומ"ש גבי מתנה דלא חיישינן לחזרה וכו' אלא מסתברא דה"ט דגבי גט מספק"ל טפי משום וכולי דלאחר מיתה לא משמע תנאה דלא אשכחן לישנא דתנאה אלא באם או בעל מנת והא דמספ"ל וכו' אי תנאה הוי מדאמרי' מהיום ולאחר מיתה בוי"ו מוסי' על ענין א' דאי חזרה הוא ל"ל מוסיף וכו' אבל לגבי מתנה ליכא ספק דליכא דלאחר גבי פירא לישנא דמעלי' הוא ואמטו להכי סמכי' עליה ולא חיישי' לחזרה דאם כן לא הוה אומר ולאחר בוי"ו אלא מדקאמר ולאחר בוי"ו שמע מינה וי"ו מוסיף על ענין א' ולתרוויהו איכוון מהיו' לגופיה ולאחר מיתה לפירא וליכא ספיקא עכ"ל ונראה דס"ל דדוקא באומר מהיום ולאחר מיתה בוי"ו לא חיישי' לחזרה אבל אם אמר מהיום לאחר בלא וי"ו גבי גט ודאי חזרה הוי ולא תנאה משום דלא משמע תנאה ולא אשכחן לישנא תנאה אלא באם או בעל מנת ולא מספק"ל אי תנאה הוי אלא באומר ולאחר בוי"ו אבל לגבי מתנה אם אמר מהיום לאחר מיתה בלא וי"ו ספיקא הוי אם הוא חזרה הוא גופא מהיום ופירות לאחר מיתה וכן כתב ר' בצלאל בתשו' סימן ט"ו דכ"ב ע"ג דבאומר לאחר מיתה בלא וי"ו הוי חזרה עיין שם ומהרימ"ט ח"א סימן מ"ו כ' בשם מהר"ש טעיאש דמהיום לאחר מיתה חזרה הוי והרב חלק עליו והביאו הרב כנסת הגדולה בסי' רנ"ח אות כ"א עיין שם ומהרימ"ט חא"ה סי' ע"ל כ' לשיטתו דהא דמספ"ל בתנאה משום דחזרה לא בכיחא בתוך כדי דבור עיין שם ואלו ראה דברי הרמ"ה לא היה חולק מיהו דעת מהר"ש טעיאש דגם במתנה ודאי הוי חזרה אבל הרמ"ה נראה דסבירא ליה דהוי ספק אם חזרה או גופא מהיום והפירות לאחר מיתה ונפקא מינה אם תפס המקבל אין מוציאין מידו מספ' דשמא גופא מהיום ופירות לאחר מיתה קאמר וזכה המקבל ואם כן אפשר דדוקא נקט הרמב"ם אמר הרי זה הקדש מעכשיו לאחר שלשים יום בלא וי"ו דאם אמר מעכשיו ולאחר שלשים יום לא אמ' כלום משום דכל הנותן מהיום ולאחר מיתה קיימ"ל גופא מהיום ופירות לאחר מיתה אבל גבי הקדש כיון דאסור לינק משל הקדש בטל כל הקדש כדעת הרשב"א ואם כן אם שחטו בתוך שלשים יום מותר ואם הקדישו למזבח מוקדש אבל מעכשיו לאחר שלשים יום בלא וי"ו הוי חזר' ואין חזרה בהקדש אפילו בתוך כדי דבור וכן ראיתי לה' שמחת יום טוב סימן ע"ה שכת' דבדוקא נקט הרמב"ם מעכשיו לאחר שלשים יום בלא וי"ו משום דקי"ל דהאומר מעכשיו ושלשים יום ספק תנאה ספק חזרה הוא והכ"כ מספ' אזלינן לחומרא דאפשר דתנאה הוי ואינו יכול לחזו' ואם שחטו אסור דבדאורייתא אזלי' לחומרא ומהאי טעמ' אם הקדישו למזבח אינו מוקדש דמסתמא מיירי במקדיש שור ב"מ לב"ה דאפילו נאמר דחזרה הוי וחל קדושת מזב' עליו אינו אלא קדושת דמים לכך אשמעי' דאפילו אמר מעכשיו לאחר שלשים יום דודאי חזרה הוי הדין כן מבו' דלא מהני חזרה בהקדש אפילו תכ"ד עש"ב :

והנה מ"ש דמספק אזלינן לחומרא ואם שחטו אסור ליתא דבספק הקדש מוקמינן הנכסים בחזקת הבעלים כדקיימא לן בבעיא דשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ועמד קולא דיכול לחזור כמו שפסק הרמב"ם ומרן בסימן ר"ן ס"ג עיין שם וכבר כתב הרשב"א בתשו' סי' תרכ"ו דגם הפוסקים שם לחומרא היינו משום דההקדש ודאי אלא שאנו מסופקי' לכשיעמוד אם חוזר בו אם לאו אבל בספק אם חל ההקדש כלל אין מוציאין ממון מחזקת הבעלים עיין שם ואם כן לדעת הפוסקים התם לחומר' משום דההקדש חל בודאי והכא נמי מספק כיון דודאי הקדש

הקדש והספק אם חזרתו חזרה או לא אבל לדעת הרמב"ם שפסק שם לקולא הכא נמי אם אמר מעכשיו ולאחר ל' יום בוי"ו אם נאמר דחזרה הוי ויכול לחזור תכ"ד אף על גב דספק תנאה הוא מספק אין מוציאין ממון מחזק' הבעלים ואם שחטו מותר ועוד דגם לדעת הפוסקי' שפסקו שם לחומרא אפשר דהיינו דוקא משום דההקדש חל שעה אחת אבל הכא אי הוי חזרה מה שחזר תוך כדי דבור כאלו לא חל ההקדש כלל ואם כן הספק אם חל ההקדש ולכ"ע אין מוציאין ממון מחזקת הבעלים ואע"ג דבבעיא דיש יד לצדקה פסקו הרמב"ן והרשב"א והר"ן דהוי תיקו דאיסורא ולחומרא כבר תי' האחרונים ולכ"ע דכל ספק הקדש אזלי' לקולא ואין מוציאין ממון מיד הבעלים לבד מהרב עדות ביעקב סימן ס"ו דף קס"ט עמוד שלישי שכתב כיון דמתנת שכיב מרע שהיא לאחר מיתה תקנה דרבנן היא כדי שלא תטרף דעתו עליו וכו' אזלי' לקולא עיין שם אבל הא ליתא דבהקדש בין בריא בין שכיב מרע קנה מדאורייתא דאמירתו לגבוה מדאורייתא ואם כן הוי ספק דאורייתא כמו שהוכחתי בסימן ר"ן עי' שם באורך אבל בס' קהלת יעקב ד"ק כ' בע"א דכיון דספק תנאה ספק חזרה היא אם הבור תם והקדישו לקדושת מזבח בתוך ל' יום מוקדש מספק דשמא תנאה הוי דאי חזרה הוי בהקדש לא מהני' חזרה אבל אם תנאה הוא והתנאי אם לא אחזור בי אמאי אינו מוקדש לחומרא דילמא תנאה הוי דיכול לחזור אבל כיון דמיירי באומר מעכשיו לאחר ל' יום בלא וי"ו ודאי חזרה הוי ובהקדש לא מהני חזרה עיין שם והכא נמי א"ל אם אמ' מעכשיו ולאחר ל' יום בוי"ו אם שחטו בתוך ל' יום מותר מספק דשמא תנאה הוא אם לא אחזור בי ואין לך חזרה גדולה מזו ששחטו ומספק אזלינן לקולא ואין מוציאין ממון מחזק' בעלים אבל השתא דאמר מעכשיו לאחר ל' יום בלא וי"ו ודאי חזרה ולא תנאה ובהקדש לא מהני חזרה אפי' תוך כדי דבור ואם כן אינו אסור אלא באומר מעכשיו לאח' ל' יום בלא וי"ו דהוי חזרה אבל באומר מעכשיו ולאחר ל' יום בוי"ו אפשר דס"ל כהרשב"א דבטל בה הקדש משום דהוי כמקדיש הגוף מהיום והפירות לאחר שלשים יום דכיון דאסור לינק משל הקדש בטל כל ההקדש ודלא כהמח"א שכתב דהרמב"ם חולק על הרשב"א :

ולדעת הרמ"א דספק אם הוא חזרה או גופא מהיו' ופירא לאחר מיתה יש להסתפק בכ"ד דבעל חוב של נותן רוצה לטרוף קרקע זה בחובו א"כ הספק בין מקבל מתנה וב"ח בחזקת מי מעמידים אותו והרב תורת חסד סימן רל"ד בא' שנתן מתנה לבניו ולא הגיע השטר לידם כתב כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אם בשטר הקנאה בעי' שיגיע השטר לידו היורשים מוחזקים לגבי האשה שבאה מכח שעבוד כתובתה וכולי וכן פסק הרב פרח מטה אהרן חלק ראשון סימן ע"ה עי' שם באורך ונראה דהיינו דוקא במת המורים דהיורש מוחזק בירושה ואין לבעל חוב על היורשים רק חיוב דמים ולא זכייה בגוף הקרקע כמ"ש הרב פרח מטה אהרן שם אבל בכ"ד שהאב קיים ואין לבן חזקת קרקע ולא בשווי וספק במתנה אדרבא מספק מוקמינן ליה בחזקת הנותן ואז בעל חוב גובה ממנו כמ"ש הרא"ש בתשו' כלל ל"ח כמו שטוענים ליורש וללוקח כך טוענים לבעל חוב שנשתעבדו לו הנכסי' וכתב מהראד"ב בספר לחם רב סימן קכ"ח טעמו כיון דטוענים ליורש נעמידו אותו בחזקת היורש ממילא גובה ממנו בעל חוב עיין שם והכא נמי בספק אם היא מתנ' מעמידים הקרקע בחזקת בעליו וממילא גובה ממנו ב"ח

והרב פרח מטה אהרן סי' ל"ג כתב במקבל מתנה שבא לדון עם ב"ח והב"ח מאוחר למקבל מתנה ומקבל מתנה טוען דמטלטלין אלו שהם בעין הן שהקנה לו הנותן ולא נכנסו בשעבוד וב"ח של הנותן טוען שכבר מכר אותם וקנה אלו במקומם הביא ראייה מדברי הטור סי' קי"ב שהשוה דין היורש שבא לדון עם מקבל מתנה כדין מקבל מתנה שבא לדון עם בעל חוב דהמקבל מתנה הוא במקו' יורש והוא מוחזק מיהו היינו דוקא התם משום דודאי זכה במתנה וב"ח דאין לו אלא שעבוד והוי ספק אם חל שעבודו על נכסים אלו מיקרי מוציא אבל בכ"ד דהספק בעיקר המתנה אם זכה בה אפילו קדמה המתנה לב"ח
(א"ה עכ"מ) :

ב' הג"ה המקדיש קרקע וכולי כ"כ הרשב"א ח"א סימן תקס"ג וכתב ה' בית דוד סי' קל"ה שמעתי מק' ממ"ש הרמב"ם בפ"ו מה' ערכין אמר הרי זה הקדש מעכשיו לאחר ל' יום ושחטו בתוך ל' יום הרי זה אסור בהנאה וכולי אלמא הוי הקדש כשאמר מעכשיו לאחר ל' יום וי"ל דהרמב"ם מיירי במקדיש כדינו שפי' גופא ופירא מהיום ולאחר ל' יום או גופא מהיום ופירא לאחר ל' יום עם שיור בפי' ששייר לעצמו מקום היניקה בכה"ג מודה הרשב"א כמבואר שם עיין שם וק"ק דהא קי"ל דאם אמר לא' קנה דקל חוץ מפירותיו שייר לעצמו גם מקום פירות מטע' דכל לגבי נפשיה בעין יפה משייר כדאמרי' בפ' מ"ש וכמבואר בסס"י ר"ט עיין שם וה"נ באומר גופא מהיום ופירות לאחר שלושים יום או לאחר מיתה הוי כאלו שייר בפי' לעצמו מקום היניקה ול"ל דלגבי הקדש לא אמרי' הכי דהא בבעיא דהקדיש כל נכסיו פסקי' לקולא דכל לגבי נפשיה לא גמר ומקני וכ"ש הכא אמאי מבטלין ההקדש לגמרי נימא דגופא מהיום ופירא לאחר מיתה קאמר ושייר לעצמו מקום היניקה גם מה שתי' דמיירי באומר גופא ופירא מהיום ולאחר ל' יום ליתא שהרי כ' הכנה"ג סימן רנ"א דבאומר גופא ופירא מהיום ולאחר מיתה הוי חזרה וכן כתב ה' פני משה ח"ב סימן ל"א עיין שם מיהו גבי הקדש אפי' הוי חזרה לא מהני חזרה תוך כדי דבור וכבר כתבתי לעיל דברי הרמ"ה ומהרב"א דאם אמר מהיום לאחר מיתה בלא וי"ו ודאי דהוי חזרה עיין שם ואם כן הכא נמי שהקדיש מעכשיו לאחר שלושים יום בלא וי"ו אף על גב ודאי דהוי חזרה אין חזרה להקדש וש"ר לה' שמחת יום טוב סימן ע"ד שכ"כ ולא זכר דברי הרמ"ה ומהרב"א שכתבתי ועיין בספר קהלת יעקב דק"י ודף ק"ע :

ג' מתנה דמהיום ולאחר מיתה ראיתי למהריק"ש בתשו' בס' אהלי יעקב סי' ז' שכ' וז"ל ועדיין נשאר מקום עיון בענין החוב במה נקנה במתנה דהא איכא פלוגתא אם מתנה מהיום ולאח"מ חשיבה כמתנת בריא או כמתנת שכיב מרע וכולי והמרדכי ספ"ק דמציעא כ' דפסק ר"מ דאף בבריא שאמר ינתן לפ' כו"ך אם ימות זה נקרא מחמת מיתה וקנה וכולי והשתא למ"ד דנותן מהיום ולאח"מ הוי מתנת שכ"מ שדבריו ככתובים וכמסורים דמו ניחא וכולי אבל למ"ד דהוי מתנת בריא לא אפשר למיקני אלא בכו"מ וכולי וגר' כיון דפלוגתא היא וזה מוחזק בחוב כמתנת שכיב מרע דייני' ליה לגבי הקנייתו עיין שם מבואר דסבירא ליה דאפילו מתנת בריא ממש מהיום ולאח"מ הוי כמתנת שכיב מרע שלא להוציא מיד המוחזק דא"ן כו"מ וה"ה דא"ן קנין וה' תורת חיים בחי' לבתרא דקנ"ו גבי מעשה דמרוני דאמור רבנן בריא היה כ' וא"ת לרבנן אמאי נקט ומת דמשמע הא עמד היה

היה יכול לחזור בו כיון דבריא ודאי דאינו יכול לחזור וי"ל דמתנה מהיום ולאחר מיתה היא ואם לא מת אין מתנתו כלום עיין שם הרי דסבירא ליה דמתנה מהיום ולאח"מ הוי כמתנה שצריכה קנין להקנות לו אג"ק והתוס' דקי"ג בד"ה וכולי גבי ג' שנכנסו לבקר את החולה וכו' כתב וז"ל ולא איירי במתנת שכיב מרע דהא לא הוו דבריו ככתובים וכמסורים אלא מדרבנן אלא איירי כשנותן בקנין גמור במתנת בריא מעכשיו אם ימות וקרי לה נחלה לפי שהיה כעין נחלה שאינה קונה אלא לאחר מיתה וכו' עיין שם הרי דסבירא ליה דמתנת שכ"מ דרבנן אבל מתנה דמהיום אם מתי הוי מתנת בריא דאורייתא והכ"י א"ז הובא בתשו' הרא"ש חלק שני סימן ל"ה כתב דיש להעמידה במתנת שכיב מרע במקצת דהיא דאורייתא א"כ בלא קנין וכמ"ד דמתנת שכיב מרע דאורייתא אבל קיום שטרות דרבנן אפשר דכשר בלילה וכו' עיין שם ונראה דהתוס' אזלי לשיטתם שכתבו בדף קמ"ז בד"ה מנין וכו' דלכ"ע לאו מן התורה אלא אסמכתא בעלמא ע"ש אבל א"ז סבירא ליה דר"ש סבר דמתנת שכ"מ דאורייתא :

ד' כתב מהרא"ח סי' ע"ז על מתנה מהיום ולאח"מ שכתב בה ולא יהא רשאי לשלוח יד בהם בחיי הנותן וז"ל ואף על גב שכ' שלא יהא רשאי לשלוח בהם יד בחייה אין זה מריע כח המתנה כלל דמדינא נמי הכי הוי כותב נכסיו לבניו מהיום ולאחר מיתה שאין הבן מוכר הנכסים ול"ל כיון דמדינא הכי הוי ולא היה צריך הדבר לאומרו אם כן לטפויי אתא להריע כח המתנה ולסתור מה שכבר עשה וכו' עיין שם וכה"ג כ' הרשב"א סימן ג' באשה שנתן לה בעלה קרקע והתנה עליה שלא תמכרנה אלא ברשות' וז"ל ומה שהתנה עליה שלא תמכור אלא ברשותו אינו מבטל המתנה כל זמן שלא מכרה בחייו ומה שהתנה עליה כך אפי' לא התנה הדין הוא כך וכו' עיין שם ואפשר דלישנא יתירא לטפויי דאפי' עבר ומכר אין מכירתו מכיר' (א"ה עכ"מ והשאר קרוע) :

ה' דין ג' עבר האב ומכר מכורים וכולי לענין מה שיש לו בה והוא קנין פירות ואע"פ שמכר בטעות שהרי נתכוין למכור גוף ופירות מעכשיו שכל המוכר דבר אע"פ שהמכירה אינה לענין מה שמכר מ"מ הרי היא מכורה לענין מה שיש לו בה ה' המאירי הובא בש"מ לקמא דף פ"ט עיין שם וכתב מהריט"ץ סי' קס"ז דאפילו מכר לו בדייה גוף הקרקע קנה הפירות ע"ש והנ"י פי' אם ירצה הלוקח דאם אינו רוצה חוזר בו ומבטל המקח דכיון דמכר סתם גוף ופירות משמע והוי מקח טעות וכו' משמע דאם רצה הלוקח קונה הפירות ואין המוכר יכול לבטל המקח ומהריב"ל חלק ראשון סי' ס"ב כתב דה"נ המוכר יכול לבטל המקח דלא נצינו שהקונה לא יקנה והמוכר ימכור והביאו ה' כנה"ג עיין שם ולא זכר דמהריב"ל עצמו חלק שני סימן ל"ז ס"ל דהלוקח יכול לחזור ולא המוכר וה' בני יעקב דל"ו ע"ב הק' על מהריב"ל חלק ראשון מ"ש מכל מקח טעות דאם רצה המתאנה אין המאנה (א"ה עכ"מ והשאר קרוע ואח"כ מצאתי וא"כ אלא וכולי) ואין נראה אלא כדעת ה' המאירי וכה"ג כ' הרמב"ם בפכ"ט מה' מכירה דקטן שקנה קרקע אם רצה יקיים המקח ואין המוכר יכול לבטל עיין שם במ"מ וכ"כ בפ' ל' המוכר שמכר קרקע או מטלט' וזכה אחר ללוקח שלא מדעתו יד הלוקח על העליונה אם רצה הלוקח אין המוכר יכול לחזור בו וכו' אלמא אפי' ביד הלוקח לבטל המקח אם רצה לקיים אין המוכר יכול לבטל וכבר כתבתי בסימן קל"ה דלא סגי בשתיקה לקיים המקח עכ"ב אבל הכא אם רצה הלוקח קנה הפירות משעה א' דפשיטא דאין המוכר יכול לבטל וה' מח"א ה' זכייה סימן א' כ' דגם מהריב"ל לא אמר אלא במוכר ולוקח אבל במתנה לא שייך ה"ט דניחא ליה למקבל בכל דהו ואם לא קנה כולו יקנה מקצתו כמ"ש המרדכי בפ' המוכר את הבית עיין שם ונ"ל ראייה מדין שע"ח במתנה כשמסרו ולא כתב דקנה הנייר משא"כ במכר כמ"ש הריטב"א וכתב הש"ך סי' ס"ו סק"ו ודבריו נכונים דבשלמא במכר כיון דודאי לא קנה אדעתא דנייר אם כן המקח טעות ובטל לגמרי גם הנייר לא קנה דאין קנין לחצאין אבל במתנה כל מה שנותן לו מתנה הוא עיין שם והכא נמי דכוותא וכה"ג כתב מהרא"ד"ב בס' לחם רב סימן כ"א גבי דבר שאינו מסוים דיש חילוק בין מכר למתנה עכ"ב אבל יש לפקפק בזה שהרי כתב מהר"ם בתשו' הקצרות סימן שע"ו וז"ל ועוד אמו אם ראובן מכר לשמעון חפץ ונתקלקל מידו אדעתא דהכי לא קנאו שמעון אלא כמו שפי' ר"י בסוף הגוזל קמא דהתם לאו בדעתיה דלוקח תליא מילתא אלא בדעתא דמוכר נמי ומוכר לא מקני ליה אדעתא דהכי שילכך לא שום וכו' בכה"ג במכר וכן במתנה נמי תליא בדעתא דתרווייהו אי לאו דעבד ליה נייח נפשיה לא יהיב ליה הילכך לא תליא בדעת הנותן לחודיה אלא אף בדעת המקבל מתנה וכו' עכ"ל אלמא מתנה נמי תליא בדעת המקבל נמי כמו דמכר :

ו' כתב מהר"ם בתשו' הקצרות סימן ל' בא' שאמר מהיום ולאחר מיתתו תטול בתו חלק כא' מן הבנים וז"ל והיורשים ישאו ויתנו בנכסים ויהיה הריוח שלהם עד מות אמם שהרי כיון שכתב בשטר המתנה מהיום ולאחר מיתה הוי פי' גופא מהיום והריוח אחר מיתתו ועד אותה שעה כל הריוח ליורשים ואין לחלק בין ל' מהיום ולאחר מיתה בין מקרקעי למטלטלי' כמו שהוכחנו מדברי ר"י בשמעתא דשדה זו שאני לוקח קנויה לך מעכשיו וכו' אע"פ שהיורשים יש להם כח לישא וליתן בנכסים והריוח שלהם עד מות אמם מכל מקום אין להם למכור וליתן בנכסים ואם מכרו ונתנו מכרן ומתנתם בטלה כמו שהאב אינו יכול למכור עד שימות וכו' ואם פשעו בנכסים ונאבדו חייבי' באחריותן דלא גריעי משומר חנם מיהו בגניבה ואבידה ואונסי' פטירי אע"ג דהריוח שלהם לא הוו כמו לוה דחייב באונסים דלכאורה איהו גופיה כל זמן שהוא חי והריוח שלו אינו חייב באונסים שהרי אינו לוה אלא נתן מתנה ושייר לעצמו הפירות שלענין הפירות לא יצא מעולם מרשותו הכא נמי שייר הפירות לבניו ולא הוו לוים וכו' ומ"ש דהיורשים אין להם כח ולא למכור ולא ליתן ולא לפשוע בהם אין להק' כיון שכתוב בשטר שתי לשונות המכחישים זה את זה הלך לאחר פחות שבלשונות דמהיום ולאח"מ משמע גופא מהיום ובתר הכי כתוב שיותרו אחר מיתתו משמע שלא נתן לה נכסים דהשתא אלא הנותרים לאחר מיתת שניהם ואם כן אם קדמו הבנים ומכרו מה שמכרו מכרו וכולי הא ל"ק כמ"ש אדוני דכיון שאני יכול לקיים שתי הלשונות יש לקיים והריני יכול לפרש שיותרו על מזונותיהם וכו' א"נ כ"ל שיותרו שלא יופסדו בגניבה ואבידה או באונסים א"נ כ"ל דע"כ שיותרו דקאמר לא בשביל להשליט את בניו למכור וליתן עד מיתת שניהם דמדקאמר שיותרו לנו ולא ליורשינו דקאמר כדאמרי' בפ' האומר וכו' עכ"ל והנה מ"ש דאין חי' בין קרקעי למטלטלי ז"ל הנ"י בפ' י"נ וכל שנתן נכסיו מהיום ולאחר מיתה ויש שם מעו'

או

או חובות ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות כדין בעל בנכסי אשתו וכולי עיין שם וה' בית יהודה ח"א בא"ה סי' כ"ח כ' דמהיום ולאח"מ לא שייך אלא בנותן קרקע הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה עיין שם וכן מצאתי להרשב"ש סימן קי"ד שכתב וז"ל ואם כתב בו מנכסיו אינו אלא מעכשיו ולאחר מיתת האם ולא קנה שום גוף עדיין שאינו קרקע שנתן לו שנאמר גופא מהיום והפירו' לאחר מיתה עיין שם ותמהני שנעלם מהם תשו' מהר"ש והנ"י דאין חילוק בין מקרקעי למטלטלין באומר היום ולאח"מ ודברי התוס' ביבמו' דל"ג בד"ה קנוייה וכו' וז"ל וא"ת אמאי לא קני לר"י בר"ה אפי' בר"ה או ברשות המקנה כמו שקנה קרקע במהיום ולאחר מיתה דקנה הגוף מהיום ופירות לאחר מיתה ובמה במהיום ולאח"מ משמע טפי שרוצה להקנות גוף מהיום וכולי אלא אפי' במטלטלין שייך גוף מהיום ופירות לאח"מ וכן ראיתי להרשב"א סי' קל"ג שכ' דגוף המעות קנוי לו מעכשיו ויכול הוא לומר שיתנו ביד שליש או ע"י ערב אי שיקנו בהם קרקע וכו' ע"ש:

ז' נשתפק ה' מולל מהם סימן כ"ה במוכר לחבירו שתי אילנות בתוך שדה ואין לו קרקע ללוקח ובא בעל הקרקע והקדיש את השדה מי אמרינן כיון שהקדיש הקרקע הוקדש גם הפירות אע"פ שאינם שלו דאל"כ נמצא דיניקי משדה הקדש א"ד לא חל ההקדש אפי' על הקרקע כיון שהפירות אינו יכול להקדיש שאינם שלו גם הקרקע אינו מוקדש מה"ט וגר' להביא ראייה ממ"ש הרמב"ם בפרק כ"ג מהלכות מכירה וז"ל מה בין מוכר שדה לפירות למוכר לזמן קצוב שהמוכר לפירות אינו יכול להרוס ולבנות וכו' והמוכר לזמן קצוב יכול וכו' וא"ת דיכול להקדיש בעל הקרקע את הקרקע למה לא כתב הרמב"ם גם כן נפקותא זו דהמוכר לפירות יכול להקדיש השדה שהרי היא שלו והמוכר לזמן קצוב אינו יכול להקדיש שעתה אינו ברשותו עיין שם וליתא שהרי לא כתב הרמב"ם גם כן דהמוכר לפירות יכול למכור וליתן השדה שהרי היא שלו והמוכר לזמן קצוב אינו יכו' למכור אפי' אמר לכשאקחנה וכו' כיון דגוף ופירות ביד לוקח ואף על גב דא"ל דלא מיירי אלא במה ששייך לגבי לוקח אם יכול להרוס ולבנות וכולי אבל מה שלא שייך גבי לוקח אלא לגבי מוכר אם יכול למכו' לא מיירי אבל לגבי הקדש כ"מ נמי לגבי לוקח דאם הקדיש המוכר אינו יכול לאכול הפירות כמ"ש ה' שם מ"מ אכתי יכול להקדיש כל השדה חוץ ממקום היניקה דאם שייר מקום היניקה מותר דדוקא הקדש סתם דאסור:

ח' בת' הרשב"ש סי קל"ה באשה שכתבה חצי נכסיה שימצאו לה אחר מיתה לבתה מהיום ולאחר מיתה ומתה הבת והניחה בן שכתב דלא זכה הבן בנכסי הזקינה מפני שכתוב מהיום ולאחר מיתה ובפ"ק דמציעא אמרינן איזהו מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה דלא זכה עד לאח"מ וכן כתב הרמב"ם וכולי עיין שם ודבריו תמוהים דמהיום ולאחר מיתה זכה בגוף מעכשיו ואם כן זכתה הבת בגוף ובנה יורשה כמ"ש הטור דאם מת הבן בחיי האב יורשיו עומדים במקומו לירש מתנתו וכן כת' רשב"ם והתוספו' דאפילו ר"י דאמר קנין פירות הוי כקנין הגוף מודה דאם מת הבן בחיי האב ואחר כך מת האב דיחזרו ליורשי הבן וגם הרמ"ה בפרק י"נ סימן קע"ט דס"ל דלר"י לא יחזרו ליורשי הבן מכל מקום לר"ל דקי"ל כוותיה דקנין פירות לא הוי כקנין הגוף יחזרו ליורשי הבן עיין שם ולכאורה נראה דהיינו דוקא בבנו דדעתו קרובה אצל בנו ולא באחר והוא הדין לבת בין הבנים וכהאי גוונא קי"ל דאם מת האב והניח פירות מחוברים לקרקע הרי הן של בן לפי שדעתו קרובה אצל בנו משא"כ בכות' לאחר כמו שפסק הרמב"ם ומרן בסי' זה והכא נמי א"ל דבבנו זיכה לו הגוף מהיו' מה"ט ולא לאחר וכן ראיתי למהריט"ץ סימן כ"א שהוכיח מדברי הרמב"ם דמחלק כן עיין שם ובבתרא דקל"ז דאמרינן ומודה רשב"ג שאם נתן במתנת שכיב מרע לא עשה כלום כתב רשב"ם וז"ל כגון דאמר מהיום ולאחר מיתה לא אמר כלום והשני מוציא אי נמי כשהיה שכיב מרע נתנה דשתי מתנות הללו שוות כדאמרי' לעיל איזהו מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע וכולי עכ"ל וא"א דמהיום ולאחר מיתה קנה הגוף מהיו' והפירו' לאחר מיתה אם כן כבר זכה בגוף מחיים ואמאי לא אמר כלום ומוכח שם אפילו הגוף לא קנה אלא נראה דס"ל דדוקא בבנו זיכה לו הגוף אבל לא באחר ועי' בה' כנסת הגדולה הגב"י אות ג' שחי' כן וכת' שכ"נ דעת רב עמר' אבל הר"ס ריקאנטי סי' התקכ"ע כ' בשם הרי"ף דאפי' כתב לאחר מהיום ולאחר מיתה אם מת המקבל יורשיו עומדים במקומו עיין שם וכבר הרב פרח מטה אהרן חלק שני סימן א' דחה חילוק זה עיין שם גם מצאתי להרשב"ש סי' ק"ן במתנה דמהיום ולאחר מיתה לבת יורשת שכתב דהוי מתנת שכיב מרע ואמרינן בה ירושה אין לה הפסק ודקדק מדלא כתב הרמב"ם ולא זכה בפירות עד לאחר מיתה שהיה משמע מלשונות אלו שקנה הגוף מעכשיו קנין גמור ולא כתב אלא בלשון הזה ואינו זוכה בו ואוכל פירות עד לאחר מיתה משמע שאף הגוף לא זכה בו עד לאחר מיתה א"כ הרי היא כמתנ' שכיב מרע ממש ולא כמתנת בריא עיין שם הרי דאפי' בבת יורשת ס"ל דלא זכה בגוף ולכך אם מת הבן ואחר כך מת האב לא יחזרו ליורשי הבן כיון דלא זכה הבן אפילו בגוף עד לאחר מיתת האב ובשטה מקו' לקמא דף פ"ת עמוד שני כתב וז"ל הכותב נכסיו לבנו מהיום ולאחר מיתה ר"ל שיקנה לו הגוף מהיום והפירות לאח' מיתה כך צריך לפרש לפי גדולי הדורות בפ"ק דמציעא שסוברים דאף בשטר שכתוב בו מהיום ולאחר מיתה אם רצה לחזור חוזר עד שיזכיר שם גופא מהיו' ופירו' לאח' מיתה ולדעתי אין צריך שאף במהיום ולאחר מיתה אינו יכול לחזור וכו' הרב המאירי עיין שם הרי שכ' דגדולי הדורות סבירא להו דסתם מהיו' ולאחר מיתה הוי כמתנת שכיב מרע דיכול לחזור וז"ל בעל העיטור דל"ו איזהו מתנת בריא שהיא כמתנ' שכיב מרע דלא קנה עד לאח' מיתה כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה ואי כת' הכי גופא קני מעכשיו ופירא לאח' מיתה וכך השיב ר' משולם בר קלונימוס ואיכא מ"ד ה"ק ליה מהיום אני נותן לך ואם תרצה לחזור בי תחזור ואם לאו יהא שלך מהיום ולאחר מיתה עכ"ל משמע דאיכא מ"ד ס"ל דסתם מהיו' ולאחר מיתה פי' מהיום אם לא אחזור בי ובזה ניחא מה שתמה מרן הב"י על הטור שכ' דין זה דגופא קני מהיום והפירות לאחר מיתה בשם הרמב"ם דהא ליכא מאן דפליג עיין שם דהרי מדברי בעל העיטור והרב המאירי נראה דאיכא מאן דאמר דסתם מהיום ולאחר מיתה לא קנה הגוף מהיום ויכול לחזור ומ"מ תימא על הרשב"ש שדקדק מלשון הרמב"ם דלא זכה בגוף עד לאח' מיתה שהרי הטור העתיק לשון הרמב"ם אף ע"פ שקנה הגוף מחיים אינו זוכה בו ואוכל פירות עד לאחר מית' וסיים לפיכך הגוף קונה מיד ואינו יכול לחזור בו והפירו' לאחר מיתה עיין שם וכן כתב מרן בבד"ה בא"ה סימן ק"א

קי"א גבי כתובת בית דין וז"ל ואם נתן במתנת בריא מהיום ולאחר מיתה אף על פי שכתב הרמב"ם בפ"י מזכייה ומתנה שהיא כמתנת שכ"מ היינו לענין הפירות אבל לענין הגוף דין מתנת בריא יש לה וכן מפורש בדברי הרמב"ם שם וכ"כ בפי' המרדכי בפ' י"נ בשם תשוב' הר"מ עכ"ל הרי שכת' שכן מבואר בדברי הרמב"ם שם דהוי כמתנת בריא לענין הגוף וכן מבואר בדברי הרמב"ם פי"ב מהלכות זכייה דין י"ג דהכותב נכסיו לבנו מהיום ולאחר מיתה הרי הגוף של בן מזמן השטר עיי"ש ואיך כ' הרב אפילו בבת יורשת דלא זכתה בגוף מחיים וכן כתב הריטב"א בתשוב' הובא בב"י סימן רמ"ג וכן כתב מהרש"ך חלק שני סי' ס"ה בפשיטות דהנותן מתנה לבנו או לאיש נכרי מהיום ולאחר מיתה זכה בגוף מיד ואם מת יורשיו עומדים במקומו עיין שם ועיין בתשו' הרדב"ז חלק שלישי סימן תקס"ב:

ועוד כ' דאפילו באומר בפירוש מהיום אם לא אחזו' בי עד לאחר מיתה ומת המקבל בחיי נותן יורשיו יורשים המתנה דכל שלא חזר הנותן קנה המקבל למפרע משעת נתינה ולא אמרי' נמי ירושה אין לה הפסק וכן מצאתי בתשו' החכמים למהר"י ן' הרא"ש סי' פ"ד וז"ל וכן אם היו מתות בנותיו בחייו היו בניהם יורשים שהמתנ' התחילה מחיים אלא שתלויה ועומדת אם לא יחזור בו תתקיים למפרע ואם יחזור בו תתבטל וכולי וכ"ת מנ"ל דאם היו בנותיו מיתות בחייו שיזכו יורשי בנותיו במתנה שמעי' לה מהא דגרסי' בפ' קמא דגיטין הולך מנה לפ' וכולי וכ' מור"י הרא"ש אי שכ"מ הוא אי איתיה למקבל בשעת מתן מעות יחזיר ליורשי מי שנשתלחו לו דקיימ"ל דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו ואף ע"ג דלא קני עד לאחר מיתה משום דדברי שכיב מרע לענין לקנות לאחר מיתתו חשובים כמסורים למפרע משעת נתינה וכל שכן בכאן שכת' בהדיא מהיום ולאחר מיתה שחל הקנין למפרע ואפילו לדברי רמ"ה שכ' הטעם דבשכי"מ הולך כזכי דמי והוי כאילו זכה בו מחיים מכל מקום כ' דאפי' הכי אם עמד מחליו נתבטלה המתנה אלמא אף על גב שיכול לחזור בו עד שימות כשמת זוכים יורשי המקבל ואפילו מת מקבל בחיי נותן והטעם כי המתנה עמדה מחיים אלא שהמתנה הוא כמו תנאי וכשיגמר התנאי תתקיים המתנה למפרע אם כן הכא נמי המתנה חלה מהיום אלא שהטיל בה תנאי וכשנתקיים התנאי חלה המתנ' למפרע ותו לא מידי עכ"ל הרי דסביר"ל דגם במתנה דמהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה אם מת זכו יורשיו במתנה והרשב"ש סימן ת"ד כ' וז"ל ואף על פי שכתב לה לאשתו מתנה מכל נכסיו ומנהג המדינה הוא שאין הנשים גובים אף בשמירת העיר מכל מקום המתנ' הזו היא מהיום ולאחר מיתה אם לא אחזור בי וכפי מ"ש המפ' בפר' קמא דמציעא לא נגמרה ההקנאה עד לאחר מיתה אם כן אינם עדין שלה ולפיכך גובים מנכסיו עיין שם משמע דסבירא ליה שהיא כמתנת שכי"מ דלא תלה עד לאחר מיתה ובסי' ע"א דין י"ט סקל"ג כתבתי דברי הריטב"א והרמב"ן ותלמידי הר"ף והגמ"ר בשם מהר"י מאיברא דסביר"ל הכי דדינה כמתנת שכיב מרע דאינה קונה עד לאחר מיתה גם מהר"ם מפדוואה סי' כ"ו כ' בנואה שכ' בה וקנו ממני בקנין גמור אגב סוד' מעכשיו וכו' איך מרצוני הטוב אני יורש ונוחל וכו' שכ' וז"ל שהוא כמו שמפ' ואמר מהיום ולאחר מיתה ואיתא בפ' י"נ וספ"ק דמציעא איזהו מתנת בריא שהיא כמתנ' שכיב מרע דלא קני אלא לאחר מיתה כל שכ' בה מהיו' ולאחר מיתה ופר"ת שר"ל שמפ' בהדיא מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה וכו' ובכ"ד שמשמע מתוך ל' הנואה בהדיא שיוכל לחזור עד לאחר מיתה שהוא כמפר' אם לא אחזור בי וכו' והיא מתנת שכיב מרע ממש וכו' ומעתה צריך להסיר תלונת הקנין וכתבו ונתנו מאחר שהיא מתנת שכיב מרע ולא נכתב בה לשון יפוי כח וכו' עי' שם מבואר דסביר"ל דמהיום אם לא אחזור בי הוי מתנ' שכיב מרע ממש ואין צריכה קנין ואם היא בקנין בלא יפוי כח לא קנה ודבריו תמוהים דגם לפי' ר"ת אינה כמתנת שכיב מרע רק לענין שיכול לחזור בו ולא זכה הלה אפילו בגוף עד לאחר מיתה אבל אם לא חזר בו קנה למפרע מחיים ואם כן אפילו במתנה כל נכסיו צריך קנין וכן כ' מהריק"ו שהיא כמתנת בריא לגמרי וכן כ' בתשו' החכמים למהר"י ן' הרא"ש וז"ל וכך הוא פירושו איזו מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע רוצה לו' שאין הקנין נגמר לגמרי לשום דבר עד לאחר מיתה כל שכ' בה מהיום ולאחר מיתה פי' שמפרש בה מהיום אם לא אחזור בי כל ימי חיי אז תחול המתנה מהיום וכל ימי חייו יכול לחזור בו כמו מתנת שכיב מרע שאם היה כ' בה מהיום ולאחר מיתה קנה הגוף מהיום ופירא לאחר מיתה ולא היה יכול לחזור אבל במפורש בה מהיום אם לא אחזור בי כל ימי חיי אפילו גוף הקרקע לא נגמר קניינו עד לאחר מיתה וכשימות יקנה למפרע וכו' וכ"מ במה דהויא כמתנת שכיב מרע בדבר זה שאם נמצאת מתנה זאת ברשות הנותן דלא יקנו אותה למקבל כי שמא חזר בו וכולי אבל לכל שאר ההי' שיש בין מתנת בריא למתנת שכיב מרע מתנת שכיב מרע אין צריכה קנין ואם יש בה קנין המתנה אינה כלום אם לא במייפה כחו ובמתנת בריא שכתוב בה מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה היא להפך צריכה קנין ואם אין בה קנין אינה כלום וכו' עכ"ל ועיין בתשו' ח"ג סי' ז':

ונראה דלר"מ דסבירא ליה דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם הכא נמי הקונה לחבירו מהיו' אם לא אחזור בי דבר שלא בא לעולם ומת הנותן קנה המקבל למפרע כשבאו לעולם דדבר שלא בא לעולם לר"מ כדבר שבא לעולם לרבנן וה' שער המלך בפ' כ"ב מה' מכיר' הקשה מדאמרי' בפ' י"נ לרבנן יכיר למה ליה לא יהא אלא אחר אלו בעי למיתב ליה במתנה מי לא יהיב ליה לא צריכא שנפלו לו נכסים לאחר מכאן ולר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכיר ל"ל בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס וא"א דכל שאמר מעכשיו אפילו מת המזכה קודם שבא לעולם קנה אכתי קשה למה ליה יכיר פשיט' דנאמן במגו דאי בעי יהיב ליה במתנה מעכשיו ולכשיבאו לעולם ותי' דאין זה מגו דכיון דאינו יכול לחזור קודם שבאו לעולם אינו רוצה לתת במתנה לשום אדם בחייו שמא יצטרך לו וכעין זה תי' מהרימ"ט בתשובות בספר בני אהרן סימן כ"ו לקו אחרת דהא דאי בעי למיתב לי' במתנה דמתנת דיתייקי קאמר דאומר מהיום אם לא אחזו' בי עד שעת מיתה וכיון דמיירי במתנת דיתייקי ובידו לחזו' כל זמן שירצה הוה ליה כאומר לכשיבאו לעולם דאם מת הנותן לא קנה עיין שם וליתא דבאומר מהיום אם לא אחזור בי עד שעת מיתה לרבנן בדבר שבא לעולם כל שלא חזר בו עד שמת קנה המקבל למפרע משעת נתינ' והוא הדין לר"מ בדבר שלא בא לעולם ואם כן אכתיק' יהא נאמן במגו דאי בעי יהיב ליה במתנה מהיום אם לא אחזור בי עד שעת מיתה לכשיבאו לעולם:

סימן רנ״ח

א׳ דין א׳ כיון שכתוב בו זמן וכולי דעת הר״י והרשב״א דלא אמרי׳ זמנו של שטר מוכיח עליו אלא כשכתבו הוא או צוה לעדים לכותבו וכן כתב מהריק״ו שורש ל״ד ומרן בתשו׳ בס׳ אבקת רוכל סימן ע״א עיין שם ה׳ גנת ורדים כלל ה׳ סי׳ יו״ד עיין שם ודלא כמהרימ״ט ח״א סי׳ מ״ו עיין שם וכ״כ מהרשד״ם חא״ה סימן ר׳ דדוקא אם ידעי׳ שצוה לכותבו ומן הסתם לא עיין שם ומהר״ב אשכנזי בסוף סימן ט״ו דקדק כן מדברי הרמב״ם שכת׳ שאלו היה בדעתו לקנות לו בשטר זה לאחר מיתה לא היה כותב בו זמן וכו׳ אלמא משום דהוא כתב הזמן או שצוה לעדים לכתוב הזמן הוא דמוכיח הזמן מפום יתורא דל״ל לכתוב אבל אם העדים כתבו הזמן מעצמם וכו׳ עיין שם אבל מדברי הרמ״ה בפ׳ י״נ סימן קע״ז שכתב דר״י סבירא ליה דילמא זמן לטופסא בעלמא הוא דאכתיב ולא מדעתיה דנותן אכתיב והו״ל זמן ספק וכולי עיין שם נר׳ דלר׳ יוסי אפילו לא ידעי׳ אמרי׳ זמנו של שטר וכולי וכן הסכים ה׳ משפט צדק חלק שני סימן י״ז דאם צוה לכתוב שטר כיון שנהגו לכתוב זמן והוא לא מיחה דעתו ליתן מהיום וכ״כ מרן בתשו׳ עיין שם וכה״ג כתב מהר״ס בתשו׳ הארוכות סי׳ תתקע״ו גבי קנין בב״ד חשוב וכתבו בשוקא וכו׳ כתבתי דבריו בסימן רמ״ב עש״ב :

והטור סימן ע״א כתב וז״ל שטר שיש בו נאמנות ואין עדי השטר בפנינו וטען הלוה כי לא נכתב הנאמנות בציוויו וכו׳ אינו נאמן וכו׳ אבל אם היו העדים בפנינו ומעידים שלא כתבוהו בצווי הלוה אלא מפני שופרא דשטרא כמו שרגילי׳ הסופרים לכתוב בכל השטרות וכו׳ אין סומכין על הנאמנות וכו׳ ובמקו׳ שנהגו שלא לכותבו אלא בצווי הלוה כשמצוה הלוה מועיל בלא קנין עכ״ל ומרן הב״י תמה ממ״ש בסי׳ ס״א תשו׳ הרא״ש דכל דבר שנהגו במדינה לכתוב הן נאמנות וכו׳ כל מי שמקנה בסודר שיכתבו כמנהג המדינה ואין צריך לפרש וכו׳ ותי׳ דבעל התרומות מיירי כשאינו מנהג פשוט לכתוב כן בכל השטרות והרא״ש מיירי כשהוא מנהג פשוט לכתוב כן בכל השטרות א״נ הרא״ש מיירי כשאין כאן העדים ביעידו שלא כתבו בצווי הלוה ע״ש אם כן אם אין עדי׳ כאן שיעידו שלא כתבו בצווי לכ״ע מסתמא אמרי׳ שצוה כן לעדים אבל אם באו העדים והעידו שלא צוה להם לכתוב כן לתי׳ א׳ אם המנהג פשוט לכתוב זמן בכל השטרות וצוה לכתוב שטר אין צריך לפרש ואם אין המנהג פשוט לא וכ׳ ה׳ מקור ברוך סי׳ מ״ה דמרן בס׳ הקצר תפס תי׳ זה והביאו ה׳ כנה״ג שם ואפש׳ דגם בתי׳ ב׳ מודה דאם המנהג פשוט אפילו באו עדים והעידו שלא צוה מהניא אלא דמוקי דברי הרא״ש אפי׳ כשאין מנהג פשוט לכתוב כן ומהרב״א סי׳ כ״ה ומהרא״ש ח״ב סימן ע״ז דחו דברי מרן דלשון הטור סי׳ ע״א משמע דאפי׳ מנהג פשוט לכתוב כן קאמר וכן לדעת הרא״ש כיון דאין צריך לפרש שיכתבו הנאמנות אפילו אמרו העדים שלא צוה להם לכתוב מאי הוי לכן תי׳ דהרא״ש מיירי כשיודע הלוה שכותבין כן אבל בעל התרומות מיירי באדם שאינו יודע נוסח השטרות מיהו מהרא״ש כתב עוד דלא כתב בעל התרומות אלא גבי נאמנות דוקא שהוא תנאי ואינו מלשון השטר אבל בשאר לשון השטר מודה דכותבין בלא צווי הלוה וכשנטל הקנין ע״ד שיכתבו שטר בלשון הרגילי׳ לכתוב בשטרות ע״ש וא״כ בזמנו של שטר לכ״ע אמרי׳ שצוה לכתוב :

ומצאתי להרי״ף בתשו׳ סימן רכ״ח שכ׳ וז״ל אם יצא לפני ב״ד שטר שיש בו נאמנות ועדי השטר אין מצויים וכבר נודע מנהג המקום שהסופרים הם כותבים נאמנות ע״ד שופרא אף אם לא נתפרש זה דעת הקנין וכולי ואין עדי השטר מצויים שנשאל אותם אם נתפרש הנאמנות בעת הקנין וכו׳ תשובה העדי׳ אין רשאים לכתוב נאמנות בשטר אלא אם כן נטלו רשות וכו׳ ואותם שכותבי׳ נאמנות ואין שואלים ללוה אין סומכי׳ ע״ז הנאמנו׳ אלא כותבים על אותה עדות אם נתברר בפי׳ סומכים עליה ואם לאו תבטל עכ״ל משמע דאפי׳ המנהג ידוע ופשוט לכתוב נאמנות לא אמרינן אם אין עדי השטר מצויים שנשאל אותם בטל הנאמנות ולא אמרי׳ דסתם קנין שיכתבו כמנהג המדינה ואין צריך לפרש וכו׳ :

ב׳ כתב מהרימ״ט סי׳ ל״ו וז״ל ומה שפקפקו עוד בצואה זו לפי שכתוב בו זמן והיה זה וכו׳ וקי״ל דזמנו של שטר מוכיח עליו דמהיום קאמר וכולי הא ליתא דזמנו של שטר מוכיח לפרש את הסתום אבל לא לסתום את המפורש שכתב בה מצוה מחמת מיתה דמשמע שלא קנה אלא לאחר מיתה ועוד לא אמרו שהזמן מוכיח אלא לקיים בו את השטר ולא לבטלו וכו׳ עיין שם ודבריו תמוהים דר״י בכותב נכסיו לאחר מיתה אמר דזמנו של שטר מוכיח אלמא אפי׳ במפרש לאחר מיתה אמר הכי ומהריק״ו שרש ל״ד שכ׳ גבי אני מניח דלא אמרינן זמנו וכולי דגרע מאומר ינתן לפלוני לאחר מיתה דהתם כיון שהזכיר לשון מתנה וכתב זמן בשטר רוצה לומר מעכשיו תתחיל המתנה עיין שם ועוד דא״ב שכיב מרע שצוה לכתוב שטר ולא פי׳ מחמת מיתה אמאי לא קנה דאין שטר לאחר מיתה הו״ל לקיים השטר ונימא דזמנו של שטר מוכיח דמהיום קאמר מיהו כבר פירש״י בכתובות דכ״ה דה״ד בבריא הכותב נכסיו לבנו לאחר מיתה דדעתיה לאקנויי גוף הקרקע מהיום ופירות לאחר מיתה אבל שכיב מרע אין דעתו ליתן בחייו כלום ע״ש והר׳ יונה הובא בש״מ לכתובות שם ובבתרא פ׳ מי שמת הוסיף וז״ל ועוד דזמן שכתוב במתנת שכיב מרע אימ מוכיח עליו שיקנה מהיום באינו אלא לגרוע כח מקבל המתנה דהי הדר יהיב לה שיזכה האחרון וכו׳ וכן כתב הנ״י בפ׳ מי שמת עיין שם אם כן בכל מתנת שכיב מרע אפילו לא פי׳ מחמת מיתה לא אמרינן זמנו של שטר מוכיח אפילו לקיים השטר וכן שכיב מרע שנתן בקנין לא קנה לדידן מטעם דאין קנין לאחר מיתה ולא אמרי׳ דהקנין הוי מעכשיו מה״ט דשכיב מרע אין דעתו ליתן בחייו וה׳ פני משה ח״א סי׳ ל״ד כ׳ מתנת בריא שנתן לאחר מיתה אפי׳ בקנין סודר לא קנה ותמה עלי מהרימ״ט ח״א סימן ס״ז עיין שם ודבריו תמוהים דהא קי״ל דכל קנין הוי מעכשיו ואפי׳ אמר לאח״מ הוי מעכשיו ולאחר מיתה ומצאתי בתשו׳ הגאונים ח״ב שער ג׳ סי׳ וז״ל ושאלתם הכותב נכסיו לבנו (אמר המגיה עד כאן מצאתי והשאר קרוע) :

ג׳ דין ב׳ וכן אם יש בו קנין וכולי כתב הרמ״ה בפרק י״נ סימן קע״ח וז״ל א״ל בהקנא׳ אין צריך כיון דקרקע נקנה בשטר וטרח למעבד מילת׳ יתירתא למיקנא מניה ש״מ לאקנויי ליה גופא מהיו׳ קאתי וכ״ת התינח קרקע דהוה סגי ליה בשטרא אלא מטלט׳ דלא סגי להו בשטר במאי קני להו וכיון דצריך קנין למקני מטלטלין אשתכח דקנין גופיה לאו מילתא יתירת׳ הוא

פוא וכו' אלא משכחת לה דאקני ליה מטלט' אג"מ דסגי ליה בשטר גרידא וכיון דאי כפל למיקנא מניה מילתא יתירתא קעביד ליה ולאלומי לקנייניה קמכוון לאקנויי ליה גופ' מהיום וכולי עכ"ל מבואר דס"ל דהקנין לא מהני אלא בקרקע דנקנה בשטר ובמטלטלי' אג"מ דסגי להו בשטרא והקנין לא לריך לגופיה אלא להקנות לו מעכשיו אבל אם הקנה לו מטלט' בקנין ולא אג"ק לאח' מיתה לא קנה ומהר"ם מפדווא סי' כ"ב הוכיח כן מדברי רשב"ם והרמב"ם והטור עיין שם ועיין בתשו' מהר"ב אשכנזי סוף סימן ע"ו אבל מדברי הרי"ף בתשוב' סימן כ"ה משמע דקנין מהני למטלטלין אפילו לא הקנה אותם אג"ק וכן משמע מתשו' הרשב"א שהביא מרן הב"י סי' כ"ד והיא בחלק שלישי סימן ס' דהקנין הוי מעכשיו אפילו לריך לגופיה עיין שם :

ד' הג"ה בכותב לו לאחר ל' יום וכולי האחרונים תמהו מדאמרינן בפרק מי שאחזו בגט על תנאי אם לא אבא עד י"ב חדש ומת בתוך י"ב חדש מהתירוה לינשא משום דס"ל כר"י דזמנו של שטר מוכיח עליו והתם הזמן לריך לבאר מאימת מתחילין הי"ב חדש ואפילו הכי אמרינן זמנו וכו' וה' פני משה חלק ראשון סי' ל"ד הוסיף וז"ל ודכוות' ק"ל בדברי ה"ה בפ"ח מה' גירושין שרלה לחלק כדעת הרמב"ם לענין דינא ולומר דע"כ לא ס"ל לר"י זמנו וכו' אלא דוקא היכא שמזכיר מיתה וכו' והרי בקיאות זה דפרק מ"ש דמיירי בגט על תנאי דאם לא אבא עד י"ב חדש ולא הזכיר שום מיתה ואפילו הכי התירה ר"י נשיאה עיין שם ותמהני עליו שלא זכר מה שסיים המ"מ וז"ל וליכא מאן דאמר הכי אלא ר"י נשיאה דאמר לעיל התירוה לינשא אף על פי שמת בתוך הזמן ואע"פ שאמרו בגמ' דס"ל כר"י לאו למימרא דר"י נמי ס"ל כוותיה אלא דר"י נשיאה ס"ל בהא כר"י בעלמא וכולי ועל דר"י נשיאה כבר אר"י דלא הודו לו כל סייעתו וכו' עיין שם הרי שכ' דר"י נשיאה סבירא ליה דאפילו בכה"ג אמרינן זמנו וכולי ולא קי"ל כוותיה ונראה דהכא נמי א"ל לדעת הרמ"ה דלא אמר ר"י זמנו וכולי אלא בנותן לאחר מיתה ולא בלאחר ל' יום כיון דהזמן לריך לגופיה ור"י נשיאה סבירא ליה דאפי' בכה"ג אמרינן זמנו וכו' ולא קי"ל כוותיה ושוב מלאתי למהרא"ח חלק שני סימן ל"א תי' כן עיין שם אבל הרמ"ה עלמו בפרק י"כ סימן קע"ז ק"ל מההיא דפ' מי שאחזו ותי' ח"ל שאני התם דהאי תנאה די"ב חדש לא כתיב בגויה דגיטא אלא ע"כ הוא דמתנה בשעת נתינה ול"ל דכתוב זמנו דשטרא לברורי מניה מילתא דלא מיבררא מגופיה דשטר' וכו' (א"ה עכ"מ והשאר קרוע) :

ה' כתב הרשב"ם סי' שס"א וז"ל שאלו היתה מתנה ולא נתנה אותה עד שתמות ולא אמרה מעכשיו ולאחר מיתה אינו כלום כדעת הרא"ש שכתב בנדרים פרק השותפין גבי אי הואי בריה לורבא מרבנן הדר סודרא למאריה וכ"כ שהיא סברת הרשב"א אלא שכ' שלא כ"כ הרמב"ם אבל בהקדש לא לריך מעכשיו כדאית' בנדרים וכתב שם הרשב"א דהאומר סלע זו ללדקה לאח' ל' יום אף על פי שלא אמר מעכשיו אינו יכול לחזור בו דאמירתו לגבוה כמסירה להדיוט וכו' עיין שם ודבריו תמוהים שהרי כתב הרמב"ם בפ"ב מהל' מכירה והביאו הטור ס"ס קל"ז דהאומר לחבירו משוך בהמה זו ולא תהא קנויה לך אלא לאחר ל' יום לא קנה וכו' עיין שם ואם כן הכא נמי במתנה שלא נתן עד לאחר מיתה לא קנה גם להרמב"ם וכבר ה' עלמו בסימן קי"ד באחד שכתב לבן אשתו מתנה אם תמות בחייו הביא ההיא דקני על מנת להקנות דלהרמב"ם אין לריך מעכשיו וכ' וז"ל אבל מ"מ לא מפני כך נאמר כן בכל ענין אלא כמו זה שהקנה לבנו עתה שיזכה לבן בנו כשיהיה ת"ח שהרי זה הבן זכה מעכשיו וכו' אבל אם זה הבן לא זכה מעכשיו אף בן הבן לא זכה א"כ מעכשיו לריך שהרי האומר לחבירו קנה פרה זו לאחר ל' יום לא קנה וכו' עיין שם מיהו תימא עליו דמתנה לאחר מיתה אפילו לא אמר מעכשיו אם יש קנין קנה כדאמרי' בפ' י"נ ול"ד לאומר לחבירו קנה פרה זו לאחר ל' יום וכבר כתבתי בזה בסי' ר"ן דין ע' בתשו' שם :

גם מה שסובר הרב דבהקדש אין לריך מעכשיו ואפי' אמר לאחר מיתה קנה כאומר סלע זו ללדקה לאחר ל' יום ק' דמעכשיו ולאחר מיתה גופא מהיום ופירא לאחר מיתה ובהקדש לאחר מיתה אי הוי כמעכשיו ולאח' מיתה כבר כ' הרשב"א בתשו' סי' תקס"ג ופסקו רמ"א בסימן רנ"ז דבהקדש א"א לפ' גופא מהיום ופירא לאח' מיתה דהוי אוכל פירות משל הקדש ומלאתי להרשב"א חלק רביעי סימן קע"ג שכתב וז"ל דברי מקדים זו לא נתבררו לי מתוך שאלתך אם הקדיש נכסיו מעכשיו אם לא יהא לו בן זכר או אם הקדיש נכסיו לכשיפטר אם לא יהא לו בן זכר אם הקדיש נכסיו מעכשיו אם לא יהא לו יורש זכר הרי זו אסור בנכסים אלו מעכשיו וכו' אבל אם לא אמר מעכשיו אלא לכשיפטר אין הקדש חל אלא עד שיפטר ומסתברא שניזון מהם כל ימי חייו שלא הקדיש זה אלא מה שישאר אחריו וכו' עיין שם משמע דס"ל דלא חל ההקדש מעכשיו אלא עד שיפטר :

ו' כתב הר"ן בפ"ד דנדרי' וז"ל ומהא שמעי' האומ' סלע זו ללדקה לאחר ל' יום דלא מלי הדר ביה דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי אבל הרשב"א כת' דאפשר דהיינו דוקא לבר פדא דס"ל דקדושת דמים לא פקעה בכדי אבל לרבא ואביי וכו' האומר הרי זו עולה לאחר ל' יום יכול לחזור בו ופלוגתא בירושלמי עיין שם וז"ל הרשב"א בתשוב' חלק שלישי סימן קכ"ב וכדגרסי' בירוש' דקידושין פ' האומר ר"א בשם ר"י הרי זו עולה לאחר ל' יום ומכרה בתוך ל' יום הרי זה מכורה הקדישה הקדש וכו' ר' בון בר' חייא בעי קומי ר' זעירא תמן איתמר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט והכא אתמר הכי א"ל תמן באומר מכבר הכא באומר לאחר ל' יום וכו' ואף על גב דאיכא התם בירוש' מ"ד משמיה דר"י מכרה בתוך ל' יום אינה מכורה הקדישה לא קדשה ולא אמר לאחר ל' יום אלא שפיר גיזה ועבודה אנן לא קי"ל הכי אלא כמ"ד מכרה מכורה מכמה טעמים חדא דמשמע בגמרי' בפ' דאומר דלכ"ע אתי מעשה ומבטל מעשה כי הא ועוד דבמכירה נויהא ר' זעירא ור' אבהו דאמר משמיה דר"י אם מכרה מכורה הו"ל תרי לגבי מ"ד משמיה דר"י אינה מכורה ואין דבריו של א' במקום שנים וההיא דפ"ד דנדרים לק"מ דהתם הוא משום דלא אתי דבור ומבטל דבור דהקדש דאלים כמעשה דמסירה וכולי עכ"ל הרי דפליגי אמוראי אליבא דר"י דר' אבהו משמיה אמר מכרה מכורה ואמורא אחר אמר משמיה אינה מכורה וקיי"ל כר' אבהו ור' זעירא דהוו תרי לגבי חד וה' קרבן העדה על הירוש' בפרק מי שאחזו הביא הירושלמי דקידושין וכ' עליו אך ק' והא תרווייהו ר' אבהו בשם ר"י וכ"ל נומ' נימרא הא' בדלא אמר מעכשיו וסיפא בדאמר מעכשיו ואם כן אין ראייה משם וכ"ל דגי' הרשב"א אמורא אחר בשם ר"י ותרווייהו בדלא אמר מעכשיו מיהו פשט' דסוגי' לא

לא משמע כן אלא קמייתא בדלא אמר מעכשיו ובתרייתא בדאמר מעכשיו עיין שם וליתא דאי באמר מעכשיו היכי קבעו דלא אמר לאחר ל' יום אלא לשייר גיזה ועבודה דהא קי"ל אין חזרה בהקדש אפילו תוך כדי דבור כמו שפסק הרמב"ם בפט"ו מהלכות מעה"ק עיין שם וא"כ כשאמר מעכשיו ולאחר ל' יום אפילו חזר ממה שאמר מעכשיו אין חזרתו חזרה ובירושלמי בפ' מי שאחזו אמרי' הכי דאם אמר מעכשיו ולאחר שלשים יום בהקדש לכ"ע אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכתב מוהר"ב בתשוב' סי' ע"ו דבהקדש דחזרתו לא מהניא מידי ולכ"ע האומ' מעכשיו ולאחר ל' יום הר"ז הקדש דתנאה הוי ולא חזרה ע"ש ונראה דס"ל כיון דחזרה לא מהניא בהקדש אמרי' דתנאה הוי ולא חזרה משו' דאין אדם מוליא דבריו לבטלה וכתב מהרא"ח חלק שני סי' ל"ז דכל שאנו יכולים לפ' דברי האדם בל' המועיל אפילו רבנן מודו דאין אדם מוליא דבריו לבטלה עיין שם וכהאי גוונא כתב רשב"ם בבתרא דף קל"ג וז"ל ואם לאו דאינו ראוי ליורשו בע"כ נכסי נתונים לפלוני קאמר דאין אדם מוליא דבריו לבטלה ולמתנה איכוון ולא ליורשיו וכולי והרמב"ם ומרן בסימן רמ"ח כתב נכסי לך ואחריך לפלוני דליורש נמי הוי ל' מתנה בבריא משום דאין אדם מוליא דבריו לבטלה אם כן שמעינן דאפי' לרבנן כל שיכולי' לפ' דברי האדם בל' המועיל אמרי' אין אדם מוליא דבריו לבטלה כמ"ש מהרא"ח ואם כן הכא נמי אף על גב האומר מעכשיו ולאחר ל' יום מספק' לן אם תנאה או חזרה גבי הקדש כיון דאינו יכול לחזור אמרינן אין אדם מוליא דבריו לבטלה ובודאי תנאה הוי ואפילו אמרינן דחזרה הוי ואדם מוליא דבריו לבטלה כיון דאין חזרה בהקדש לא מבטלי' בחזרתו וחל ההקדש מעכשיו וא"כ היכי אמרי' בירוש' דלא אמר לאחר ל' יום אלא לשייר גיזה ועבודה אלא ודאי דהכא מיירי בדלא אמר מעכשיו אלא לאח' ל' יום לבד והמוראי פליגי אליבא דר"י כמבואר בתשו' הרשב"א שכתבתי:

וראיתי למהריט"א בספ' קהלת יעקב דף קי"ג שכ' לדעת הרשב"א דתנאי הוי אם לא ימות והירו' דפרק מי שאחזו מיירי בחזר בו בתוך השלשים יום ולא מת ואפש' דה"ע דלכולי עלמא הוי הקדש אפילו דנימא דיש חזרה בהקדש תוך כדי דבור משום דאפי' הוי חזרה וחשיב כאומר לאחר שלשים יום לבד כיון דאמירתו לגבוה וכו' לא אתי דבור ומבטל דבור דהקדש דאלים כמסירה כמו שכתב הרשב"א בחי' לנדרים עיין שם וליתא שהרי הרשב"א כתב אחר כך דלמ"ד בירושלמי בהומ' הרי זה עולה לאחר שלשים יום אם מכרה מכורה והוא הדין דיכול לחזו' אלא דנקט מכירה משום דבעי לאשוקי בתר הכי חזר ולקחה תוך שלשים יום חל עליה הקדש וכולי אלא דבלשון אפ' אמרה וסיים שם ועדיין צריך לי תלמוד עי' שם ואם כן דוקא באומר מעכשיו ולאחר שלשים יום הוא דפשיטא ליה דלא אתי דבור ומבטל דבור דהקדש דאלים כמסירה אבל באומ' לאחר שלשים יום לבד דעתו נוטה דיכול לחזור בתוך שלשים יום:

עוד כתב הרב שם לדעת רש"י דהתנאי הוא אם לא אחזו' בתוך שלשים והירושל' במת ולא חזר מיירי אפשר דלאו מטעם דבהקדש תוך כדי דבור לאו כדבור דמי אלא האי טענתא אף על גב דבעלמא בספק הקדש אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה היינו כההיא דא"ל בפ' מי שמת בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו אם עמד חוזר או לא שכ' הפוסקים דאמרי' אוקי ממונא בחזקת מריה ולא הוי הקדש דהתם כיון דבעל הממון עמד והוא חי ועד עכשיו הוא הממון בחזקתו בודאי אין ספק הקדש מוליא מידי ודאי אבל ספק הקדש ומת בעל הממון כמו הכא כיון דהם הוא תנאי והוי הקדש משעה א' אין ההקדש מחוסר גוביינא דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט הרי בשעת מיתה שבאים היורשים לירש הוי ספק אי הוי ממון מורישם או לא ואין ליורשים חזקת ממון יותר מההקדש ואם כן גבי הקדש דאיסור אזלי' לחומרא והוי הקדש עי' שם וכה"ג חילקו התוספו' בבכורות דף כ"א ע"ב בד"ה ולא בראוי עי"ש:

והנה מהרא"ח ח"ב סי' ל"ד כ' גבי שכיב מרע שהקדי' כל נכסיו דנראה דאם לא חזר בפי' חייבי' מדב' הר"ן וז"ל ואף על גב דאמרי' דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט היינו דלא מצי למהדר ביה על מה שידענו בבירו' דעתו אבל הכא מי יימר דדעתו היה להקדש אפילו אם עמד הילכך ודאי נכסים בחזקת נותן קיימי ואף ספק איסו' מעילה ליכא דאיהו ידע בנפשיה וכו' וא"כ דוקא הוא יכול לחזור משום דידע בנפשיה אבל אם מת אחר שעמד ובאו בניו לבטל ההקדש ולא ידעו כוונת אביהם איכא ספק איסור מעילה עיין שם ונמשך אחריו מהר"י אלגאזי בספ' נאות יעקב סימן ב' עיין שם אם כן א"ל דהכא נמי לדעת רש"י דהתנאי הוא אם לא אחזו' בתוך שלשים ומת ולא חזר אין היורשים יכולים לבטל ההקדש משום ספ' איסו' מעילה ולא קיימא לן בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו ולקולא אלא כשעמד דיכול לחזור דבעל הממון ידע בנפשיה ואם כן אין החי' בין אביהם ליורשי' משום דהממון היה בחזקתו מה שאין כן היורשים דאין להם חזק' ממון אלא משום איסו' מעילה הוא יכול לחזו' משום דידע בנפשיה אבל אם מת דהבנים לא ידעו כוונת אביה' איכ' ספק איסו' מעילה ומדברי המרדכי בפ' מי שמת ופסקו מור"ם סי' ר"ן וכן דין הקדש כדין מתנה שיוכל לחזור וכו' הסמ"ע בקי"א דיכול לחזור וליתנו לאחר ואם מת זכה אחרון עיין שם מוכח אפילו לגבי אחר דאין לו חזקת ממון לא אזלינן לחומרא ניהו שאני התם דבעל הממון חזר ובטלו דכיון דהממון בחזקתו חזרתו חזרה אפילו לגבי אחרי' אבל הכא שמת ולא חזר והיורשים באו לבטל ההקדש אפש"ל כיון דאין להם חזקת ממון יותר מהקדש אזלינן לחומרא וכי האי גוונא כ' המ"מ בפרק ג' מהלכו' זכיה דין ה' גבי דבר שאינו מסויים דבמתנה המוליא מחבירו עליו הראיה ומתנת שכיב מרע כהאי דאינו בא להוליא אלא מן היורשים עיין שם אלמא להוליא מהיורשים לא אמרי' המוליא מחבירו עליו הראיה משום דאין להם חזקת ממון דבכל ספק מתנה קיימא לן דהיורשים מוחזקים משום דמקבל מתנה מחוסר גוביינא מכל מקום אין להם חזק' ממון כמו בעל הממון ואם כן בהקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ואינו מחוסר גוביינא אין ליורשים חזק' ממון יותר מההקדש ואזלי' לחומרא אבל בדברי מהרא"ח שכתבתי מבואר דאין החילוק משום דאין ליורשים חזקת ממון כמו אביהם אלא משום ספק איסור מעילה דהוא יכול לחזור משום דידע בנפשיה אבל אם מת לגבי היורשי' דלא ידעו כוונת אביהם איכא ספק איסור מעילה:

והריב"ש סימן קס"ז על שכיב מרע שלוה ונתן לבנו ושתי בנותיו נכסיו ואם ימותו יהיו הנכסי' מחליתם להקדש כתב וז"ל גם בשאר הנכסים שנתן לבן ולבנות יש לספק בחלק הבן כי יש מן הגאונים והרי"ף מכללם אומרים שאפילו נתן בלשון מתנה כיון שהוא ראוי ליורשו הרי הוא כאלו אמר בלשון ירושה וירושה אין לה הפסק אבל רשב"ם והרז"ה ואחרים סוברים שכל שאמר בלשון

בלשון מתנה יש לה הפסק ולא אמרו שהיא כירושה אלא באומר נכסי לך וכו' וכיון שיש בזה מחלוקת בין הראשוני' חלק הבן בנכסים בחזקת היורש הבא לירש הוא ואין להקדש בחלק ההוא כלום שאין מוציאין מחזקת היורש על הספק כדי לתת להקדש דומיא דמ"ל בפ' מי שמת בשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ופסק הרמב"ם בפרק ט' מהלכו' זכייה שאם עמד חוזר לפי שהנכסים בחזקתו וכן י"ל בכאן עכ"ל הרי שכ' שאין מוציאין מחזקת היורשים על הספק לתת להקדש כדקיימא לן בשכיב מרע שהקדי' כל נכסיו דאם עמד חוזר ואין חי' בין הוא ליורשיו ולא חיישי' לספק איסו' מעילה ונמשך אחריו הרשב"ש בסימן ק"ן עיין שם ומהרא"ד בס' להם רב סי' ר"ג בלואה להקדש ולא אמר מנכסי דהלואה קיימת ואף ע"ג דכתב הרשב"א דאפילו נתן לבתו דקרובה אללו אם לא אמר מנכסי לא מהני מודה בהקדש דעדיף טפי תדע דהא בפרק מי שמת גבי הקדש וחילוק לעניים לא דחי' להך לך דאמר גמר ומקני גבי הקדש ועניים אלא משום דלגבי נפשיה לא גמר ומקני דאם יעמוד רוצה שיחזור לו הממון אבל אם מת דליכא טעמא דלגבי נפשיה ודאי דאמרינן גמר ומקני עיין שם הרי דסבירא ליה דאם מת דלגבי יורשים אזלי' לחומרא בהקדש אבל לא מטעם ספק איסו' מעיל' או משום דאין ליורשים חזקת ממון כמו אביהם אלא משו' דגמר ומקני להקדש וכן כתב מהרש"ך ח"א סימן מ"א ונמשך אחריו הרב פני משה ח"ב סימן כ"א ע"ש והרב כנסת הגדולה בסימן ר"ן הגב"י אות כ"ו הביאו עי' שם וכבר כתבתי בזה בסימן ר"ן ס"ג עיין שם אם כן בכל ס' בין היורשים להקדש מעמידים הנכסים בחזקת היורשי' ולא חיישינן לספק איסור מעילה והוה ליה בספק תנאה או חזרה אם מהניא חזרה להקדש תוך כדי דבור מספ' מעמידים הנכסים בחזקת היורשים אלא ודאי דלא מהניא אי חזרה הוי אין חזרה בהקדש ואי תנאה הוי כיון שמת ולא חזר ונתקיים התנאי חל ההקדש :

וראיתי לה' מח"א ה' צדקה סי' ג' שהוכית מדברי הרמב"ם בפ' כ"ב מה' מכירה דאינו יכול לחזור שכ' דאם אמר כל מה שלויתך יהיה הקדש אע"פ שאינו מוקדש הרי זה חייב לקיי' דבורו וכו' ומ"ש הרשב"א דפלוגתא היא בירושלמי בפ' האומר דקידושין הרי זה עולה לאחר ל' יום מכרה בתוך ל' יום ר' אבהו אמר הר"ז מכורה ור"י אמר אינה מכורה ואם כן משם ראייה להפך דבכל דוכתא קי"ל הלכה כר"י עיין שם וכבר תמה עליו מהריט"א בס' קהלת יעקב דקי"א ע"ד דבירושלמי שם פליגי אמוראי אליבא דר"י וכן הוכיח הרשב"א בחי' לנדרי' דהלכה כמ"ד בירושלמי דמכורה עיין שם והרמב"ם בפ"ו מה' ערכין דין ט' כ' וז"ל האומר שור זה הקדש לאחר ל' יום ושחטו בתוך ל' יום הר"ז מותר בהנאה הקדישו למזבח הרי זה הקדש למזבח אבל אם אמר הר"ז הקדש מעכשיו לאחר ל' יום ושחטו בתוך ל' יום הרי זה אסור בהנאה וכו' וכ' הרדב"ז בס' יקר הפארת לא ידעתי מקומה ואפשר שהוא בתוספתא וכו' ע"ש והוא בתוספתא רפ"ג דתמורה ואתיא כמ"ד בירושלמי דאם מכרה מכורה והקדישה הקדש והרמב"ם פוסק כוותיה מכח התוספתא והרשב"א בתשו' חלק שלישי סי' קכ"ב כ' וז"ל ואף על גב דאיכא התם בירושלמי מ"ד משמיה דר"י מכרה בתוך ל' יום אינה מכורה הקדישה לא קדשה וכולי אנן לא קי"ל הכי אלא כמ"ד מכרה מכורה מכמה טעמים חדא דמשמע בגמרי' בפ' האומר דלכ"ע אתי מעשה ומבטל מעשה כי הא ועוד דבמכירה מיהא ר' זעירא ור' אבהו משמיה דר"י דאם מכרה מכורה הו"ל תרי לגבי מ"ד משמיה דר"י אינה מכורה ואין דבריו של אחד במקום שנים וההיא דפ' ארבע נדרים לק"מ דהתם הוא משום דלא אתי דבור ומבטל דבור דהקדש דאלי' כמעש' דמסירה ועוד דהא דאמרי' בירושלמי דאמר לאחר ל' יום לשייר לו גיזה ועבודה כ"ל דהא דלא כגמרי' וכו' עכ"ל הרי שהוכיח מגמרי' דהלכה כמ"ד מכרה מכורה וההיא דנדרי' דאינו יכול לחזור משום דלא אתי דבור ומבטל דבור דהקדש דאלים כמעשה אבל מעשה דמכירה או שחיטה מבטל אמירה דהקדש ומה שתי' ה' מח"א דנהי דאסור למוכרו שחייב לקיים דבורו אם עבר ומכרו מכור וכ"כ ה' קהלת יעקב שם דל"ל כן לדעת הרמב"ם בההיא דנדרים עכ"ל ולא ראו תשו' הרשב"א דהתם משום דלא אתי דבור ומבטל דבור דהקדש וא"כ נראה דעת הרמב"ם דמכרו מכור אבל אם חזר בדבור לא מהני משום דלא אתי דבור ומבטל דבור דהקדש :

מיהו ה"ד במקדיש לאחר ל' יום אבל במקדיש לאח' מיתה כבר כ' הרשב"א בתשו' שם וז"ל ואע"ג דאמרינן בפ"ד נדרים וכו' התם הוא בעוד שהמקדיש קיי' ובא לחזור בו דלא אתי דבור גרידא ומבטל דבור דהקדש דאלים כמעשה דמכירה וכו' והכא נמי אם מת תוך ל' יום פקע ההקדש וכן אם מכרו בתוך ל' יום דמעשה גמור מבטל את ההקדש כל שלא הקדיש מעכשיו וכדגרים בירוש' וכו' עיין שם אבל ראיתי להרשב"א בתשו' סימן שס"א שכ' דבהקדש אין צריך מעכשיו ואפי' אמר לאחר מיתה קנה וכ"כ הרשב"א באומר סלע זו לצדקה לאחר ל' יום ע"ש גם הרדב"ז חלק שלישי סימן תקכ"ג כתב במי שהקדיש לאחר מיתה וז"ל וא"ת והרי לא הקדיש אלא לאחר מיתה ובאותה שעה כבר הוא של יורש ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו והוי כנותן מתנה לחבירו לאחר מיתה וכו' כמה תשובו' בדבר כיון דאמירה כמסירה הוי כאלו מסרו להקדש מחיים ושוב לא יוכל לחזור בו וגדולה מזו אמרו האומר אעשה דבר פ' הקדש צריך לעשות הקדש ואפילו הוא בעצמו אינו יכול לחזור בו ועוד דאין אדם מוציא דבריו לבטלה וכ"ש להקדש וכולי עכ"ל ודבריהם תמוהים וז"ל הר"ן בפ"ד דנדרים דף ל' ומהא שמעינן דהאומר סלע זו לצדקה לאחר ל' יום דלא מלי למהדר ביה ואמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי אבל הרשב"א כתב דאפשר דכי אמרינן הכי ה"מ אליבא דבר פדא דס"ל דקדושת דמים לא פקעה בכדי אבל לרבא ואביי וכו' אפשר דנהי דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ה"מ במסירה גרידא בלא מעכשיו אבל במסירה דמעכשיו לא וכולי עיין שם הרי דהרשב"א ס"ל דהאומר סלע זו לצדקה לאחר ל' יום יכול לחזור וכבר האריך בתשו' חלק שלישי סימן קכ"ב ושם כ' בא' שיש לו בת א' ובשעת פטירתו אמר שאם תמות הבת בלא זרע יהיו הנכסים להקדש שאין אדם מקדיש לאחר מיתה ולא אמרי' דאין אדם מוציא דבריו לבטלה ואם מתה הבת שאמר דמעכשיו הוא כדי שיעמדו דבריו דא"א לעשות מה שאינו ישנו ואין הקדש חל לאחר מיתה אפילו מת עכ"ל והכא נמי בריא שהקדיש לאחר מיתתו לא הל ההקדש וכן כתב בהדיא הרשב"א בתשובות חלק רביעי סימן רל"ט דבריא שהקדיש לאחר מיתה ולא אמר מעכשיו אינו כלום שאין הקדש ומתנה לאח' מיתה אלא בשכיב מרע עיין שם והאומר אעשה דבר פ' הקדש דאינו יכול לחזור בו היינו משום נדר חייב להקדישו אבל מי שהקדיש ממש דבר שאינו ברשותו לא חל ההקדש ואפילו אמר אעשה הקדש דהוי

דהוי נדר הוא דחייב להקדישו אבל יורשיו לא כמ"ש הרב עלמו בח"ב סי' ל"א וכמבואר בסי' רנ"ב ע"ש וכן כת' מהר"ס בתשו' הארוכו' סי' תתקל"ז בשכ"מ שאמר בפי' לאחר מותו תנו כך וכך להקדש דיכול לחזור וז"ל ול"ד להיכא דאמר כשיבא סלע זו אתננו לצדקה דפירו' דנעשה נדר ויש לקיים דהתם כשבא לידו איהו בר קיומי לנדריה הוא הילכך בההיא שעה אמרינן ליה קיים נדרך אבל גבי נ"ד בעידנא דהו"ל לנדריה למיחל ולקיים אותו כבר מת ונעשה חפשי מן המלות עכ"ל :

סימן רס"ד

א' דין ד' הג"ה ודוק' שהתנה וכו' כ' הסמ"ע ר"ל תנאי הנז' שיתן לו דמי חמורו ואפי' לא התנה בפי' אלא סתמא ודלא כע"ש שכ' דוקא שהתנה בפי' שיתן לו שכרו אם לא יציל דאם כן גם דמי חמורו צריך ליתן אפילו לא הציל דהא כל תנאי שבממון קיים ועוד וכו' והרב כנסת הגדולה הסכים עם הסמ"ע וכתב עוד ואם התנה כן בפי' שאם לא יציל שיתן לו שכרו פשיטא דאין לו אלא שכרו ומאי בעי רב מרב ומאי מקשי ליה מההיא דהשוכר את הפועל וכולי עיין שם באורך ולא דק דודאי קאי אתנאי שיתן לו דמי חמורו והתנה כן בפי' אפי' לא יציל ולזה דחה הסמ"ע דאם כן גם דמי חמורו צריך ליתן וכולי אך הרואה תשוב' מהר"ס מפדואה כתב בנ"ד וז"ל ואפי' שכר אפשר דלא משלם דהא לא נהנה דאלו מתני' שטף נהר נהנה מיהא שכרו דהא היה צריך לשכור אחר אם לא ירד זה דלא ידע ממילא וכו' :

סימן רע"ו

א' דין א' לא נמלא בן רואי' אם יש לבן זרע וכו' כתב הסמ"ע ילפינן מדכתיב בפ' נחלות ובן אין לו דהול"ל אן בלא יו"ד כמו מאן יבמי ודרשי' דמש"ה נכתב ביו"ד לפ' בלבון אין ואפס בנמלא שום בן ור"ל שאין בנמלא אפילו יורש מיולאי חלציו ואף על גב דבגמ' אמרו עיין עליו בעיין נראה דל"ד וכו' ולא כמו ששמעתי מפ' דעיין עליו ממש קאמר דאותיות אחה"ע מתחלפין וזה דוחק וכו' ע"ש ונראה כדברי המפ' דעיין ממש דבר"פ החולץ אתמר החולץ למעוברת והפילה רב יוחנן אמר אין צריך חליצה שנאמר ובן אין לו והא לית ליה ור"ל אמר צריך חליצה סבר ובן אין לו עיין עליו וכתבו התוס' וא"ת אם כן תפטר לשוק בלא חליצה כמו בזרע פסול וכו' וי"ל דאמרי' נמי עיין עליו שלא תחלוץ ולא תנשא כל זמן שהיא עומדת בספק עכ"ל הרי דעיין עליו ממש קאמר ובב"ר ס"פ כ"ח דאמר ר"ל בכל מקו' שנאמר לא הוה לה ותהי שרי עקרה והוה לה וכו' וכ' מהרש"י הטעם מדלא כתיב לא דלא שלילה החליט' ומלת אין לא תשלול לגמרי ואפ' שהטעם משו' דאין דרשין ביה עיין עליו כדדרשי' גבי ובן אין לו ע"ע וכו' ואין להקשות מאין קדוש כה' ואין לור כאלהינו אין לה' מעלור שהן שלילה וחלטי' דלא עסקי' אלא בשלילת דבר מדבר שהיה הדרך להיות בו ונתחדש שלא נמלא ע"כ (א"ה עכ"מ):

סימן רע"ח

א' דין ג' וכן אם היתה לאביו מלוה וכו' או היתה לו ספינה בים וכו' אבל אם היתה לו סחורה בספינה ומת נוטל בה הבכור פי שנים הרדב"ז בתשו' חלק ד' סימן ש"א קס"א עיין שם :

סימן רפ"א

א' דין א' לא יירש וכו' אבל אם אמר אני מסלק היורש בעשרה פרחים לא הוי כלא יירש מהר"ס מטראני הביאו הרב כנסת הגדולה אות נ"ה עי' שם ודבריו תמוהים מתשוב' הרשב"א הביאו מרן הב"י והיא בחלק רביעי סימן כ"ב וז"ל דבין שאמר לא יירש או לא יטול או יסתלק או א' מלשונות כיולא באלו הוא מתנה עמש"ב ולא אמר כלום עיין שם וכן כ' מהר"ס בתשוב' הארוכות סימן תע"ה וז"ל השיב ר' אותו את שלוה להיות מסולק מירושת אביו לא אמר כלום כדתנן פ' בני לא יירש וכו' עיין שם וכן כתב מרן בתשו' בש' אבקת רוכל סימן ל"ב עיין שם ושוב ראיתי לה' קהלת יעקב דקס"ו תמה עליו מתשו' הרשב"א עיין שם :
ב' בתי תירשני במקום שיש לו בן וכו' והוא הדין אם אמר בן בני יירשני ובנו קיים לא אמר כלום מהרשד"ס סימן שנ"ו והביאו הרב כנסת הגדולה עיין שם וז"ל הרמ"ה בפרק י"נ סימן ו' ועוד מי מלית אמרת לגבי אחר במקום בת ובת במקום בן לא אמר כלום והכתיב אפרים ומנשה כראובן ושמעון יהיו לי והאי ליסנא לשון ירושה הוא משמע דליהוו יורשים בנכסי יעקב כראובן ושמעון דהא ראובן ושמעון לאו מקבלי מתנה הוו אלא יורשים הוו והא אפרים ומנשה בחיי יוסף אבוהון לגבי נכסי יעקב לאו בני ירושה נינהו וכאחר במקו' בת ובת במקום בן דמי ואמאי מהני וכולי אלא קודם מתן תורה שאני וכו' עכ"ל וכ' מרן בתשו' אבקת רוכל סי' ע' באחד שנתן לאשתו כל נכסיו על מנת שאחר מיתה יירשנה הנער נכדה וז"ל וא"ל דמ"ש לנער לאו כלום הוא שאין הנער יורשה אלא בתה יורשתה וכיון דנקט ל' ירושה דלא שייך בהו לאו כלום דא"ל כיון דהנער זה אפשר לירש את זקינתו בהפקד אמו שפיר שייך בו ל' ירושה וכבר הוכיח רב אחר שם בסימן ע"א דבעי' ראוי ליורשו בשעת אמירה ואפי' מת הבן בחייו לא מהני לבת אלא דהיינו דוקא בשכיב מרע שאמר פ' יירשני אבל זה שאמר על מנת שהנער נכדה יירשנה מהני כיון דבשעת מיתתה אפשר שיהיה הוא יורש בהפקד אמו ע"ש ומהר"י הלוי סימן ע"ב חי' כן אלא שכתב דהטור סבירא ליה דכל שאינו ראוי ליורשו בשעת המתנה אפי' ראוי ליירש אחר כך לא מיקרי יורש עיין שם ועיין בתשו' מהרא"ש סימן קפ"ח ומהר"ש הלוי סימן מ"ה עיין שם :
ג' דין ה' אם היה בריא אינו יכול להוסיף או לגרו' וכולי בריא שחלק נכסיו ואחר חצי שעה מת פתאום לא מיקרי ביום הנחילו דבעי' שהיה שכי"מ בשעה שהנחיל ולא אמרי' כיון שמת מיד הרגיש בעצמו שום חולי וכו' ספ' בשמים ראש סימן רנ"ה עיין שם :
ד' דין יו"ד בן האח יורש הכל דכיון דלא אמר בפי' שהשאר יתן לבני אחיותיו אין סילוקו כלום דהוה ליה מתנה עמש"ב וכו' הסמ"ע וז"ל הרשב"א בתשו' ח"ד סימן כ"ב חדא שאין בנימין יכול לסלק היור' מירושתו מפני מתנה עמש"ב וכמ"ש בפ' י"נ האומר איש פ' בני לא יטול פי שנים איש פלוני בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום שהתנה עמש"ב דבין שאמר לא יירש או לא יטול או יסתלק או א' מלשונות שביולא באלו כו'

מתנה

מתנה עמש"ב וכולי ועוד בה בבר מן הדין כל שנעשה ראוי ליורשו ואין אחר ראוי ליורשו עמו אף ע"פ שסילקו מנכסיו כל שלא נתנו לאחר ממילא הוא יורשו וכו' ואין דומה למשנתינו דלא יירש עם אחיו דמשמע מינה דטעמ' דלא אמר כלום היינו דוקא משום התנה עמש"ב הא לאו הכי הוא מסולק מהם ויהיו שאר האחים יורשים ממילא ואף על פי שלא נתנם בפירוש דשאני התם דכולהו ראוי ליורשו וכל שנסתלק הא' השאר יורשים את הכל אבל כאן וכו' ותדע לך דגרסי' בירושלמי בפרק הכותב גבי מתני' דבחייך ובמותיך אם מתה לא יירשנה רבי יוסטנא בעי קמי רבי יוחנן לדברי חכמים מהו מי יורשה ואמאי לא איפשטא להו שהאחים יורשים אותה כיון שנסתלק הבעל מירושתה אלא ה"ט משום דסביר"ל דבמקום בעל שהוא היורש בכל נכסי אחיה דנכרים הם אצל ירושה וממילא נשאר לבעל כל שלא נתנה היא הנכסים לאחרים בחייה וא"ל ר"י דלא דשאני הכא שהבעל כתב זה כשהיו ארוס' ובאותה שעה עדיין לא היה זכות לו בירושה שאין ארוס יורש והאחים יורשים הם באותה שעה ולפיכך כשנסתלק בני הבעל השאר האחים יורשים כדמעיקרא ועיד הגע עצמך אף לכשת"ל דכל שחלק היורשים מירושתו יגחלו אחרים שאר נכסי בנימין ע"כ כל שלא נתנו לא' מהני הקרוב קרוב יותר יורשו ואם כן הנה מכיר בן משה שהוא קרוב לו יותר ראוי לירש מכל האחיות וכולי עד כאן לשונו :

ך' (שאלה שטר מתנה) עמד בפנינו אנו עדים ח"מ פ' וכך אמר לנו הוו עלי עדים וקנו ממני בקס"ס וכתבו וחתמו בכל לשון של זכות ויפוי כח ותנו ביד פלו' להיות בידו לראייה ולזכות במזלוני הטוב וכו' שנתתי לו מעכשיו חזקת בית הידועה לי בתלר פ' בתורת מתנה וכו' והרי הוא מסולק מכל הירושה שאניח אחרי ולא יטול עם אחיו חלק בירושה כלל חזקת הבית ותשמישיה וכולי הכל נתן פ' לבנו פ' ע"ד ואופן הנזכר מתנה גמורה מעכשיו שרירא וכו' ומטו"מ ילך פלוני ויחזיק בחזקת הבית הנזכר חזקה גמורה על תנאי הנז' ויסכון וכו' :

תשובה נר' דמ"ש והרי הוא מסולק וכו' תנאי שלא נתן לו המתנה אלא על מנת שלא יירש עם אחיו ואף על פי שהרשב"א בתשו' ח"ד סימן שכ"ז כתב דכל מה שלא יתלה האדם בעל מנת או על תנאי לאו בהקפדה ותנאי קאמר והביא ראיה מההיא דהבו ליה ד' מאה זוזי לפלוני ולינסיב ברתיה דשקיל ארבע מאה זוזי וברתא אי בעי איניסב אי בעי לא איניסב וכן כ' בחי' לנדרים דף מ"ח עיין שם בהר"ן הרי הרב נמקי יוסף בחי' שם חלק עליו וז"ל וכיון דאסיקנא דהוי תנאי גמור ומהני וכו' שמעינו שהאומר לחבירו שדי נתונה לך ואתה תעשה לי או לפ' כך וכך כיון שיש לו הנאה או לאחרי' מכח תנאו תנאי גמור הוי והא דאמרינן בפ"ב דיום טוב בההוא דא"ל הבו ארבע מאה זוזי וכו' תירץ הריטב"א בשם רבו הרא"ה דשאני התם שאין ההנאה אלא למקב' מתנה וכאלו נותן לו שני מתנות וכו' עיין שם וכן כתב הרי"ף והרמב"ם בפי"א מהלכו' זכייה והטור בסי' רנ"ג דהתם משום דשני מתנות הם לטובת המקבל עיין שם ואם כן הכא שהוא להנאת אחר הוי תנאי וכ"פ מהרא"נ"ח ח"א סימן ע"ז וכ' עוד דהיינו דוקא בשכיב מרע דמשע' אמירה א' זכה במתנה משום דדברי שכיב מרע ככתובי' וכמסורים דמו אבל במתנת בריא דלא זכה אלא מכח קנין שהוא גומר אם כן תלה המתנה בתנאי ע"ש ומדברי הרשב"א והנ"י משמע דאפי' בריא כי התם לא הוי תנאי וכן כ' הרשב"ץ ח"ג סימן קס"א דאין חילוק בין שכי"מ לבריא עיין שם :

וראיתי למהרא"ד"ב בספר לחם רב סימן רי"ד שכ' בשכיב מרע שאמר שבתו תנשא לבן שמעון ובתו חולקת נחלה כאחד מבניו הזכרים אף ע"ג דהזכי' הנישואין תחלה לא הוי תנאי דלא אמרו בגמ' הכי אלא גבי אחר דהתנה כן לתועלת בתו אבל גבי בתו כנ"ד אמרי' דדעתו של אדם קרובה אצל בתו ונתן לה מתנת החלט בלא תנאי אפילו לא תנשא לבן שמעון והביאו ה' כנסת הגדולה הגב"י אות ע"ש ואם כן נראה דהכא נמי כיון שדעתו של אדם קרובה אצל בנו אמרינן שנתן לו בהחלטה דכל שלא התנה לו בעל מנת או על תנאי לגבי בנו לא בהקפדה ותנאי קאמר ועוד דאפילו הוא תנאי דלשון הרי הוא מסולק וכו' הכי משמע התנאי בטל והמעש' קיים דהא קיימא לן דאפילו בממון בעי' תנאי כפול וכו' כמבואר בסימן רמ"א עיין שם וכיון שהוא מתנת בריא מעכשיו זכה במתנה וגם כן יורש עם אחיו בשאר נכסי' ואפילו בשכיב מרע שאמר פלוני בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום ומ"ש והרי הוא מסולק ולא יטול עם אחיו בירושה אינו כלום דמתנה על מה שכתוב בתורה הוא והרשב"ש בסימן ק"ף שכתב וז"ל הבת יורשת ד"ת אם תקיים מלות מורישה להנשא לקרובו תטול כל מה שלוה להנתן לה ואם לא תקיים דבריו לא תטול אלא המתנה מועטת שלוה שנתן לה וכולי עיין שם אפשר דנדון שלו היה תנאי גמור בלשון המועיל דאם לא תנשא לפלו' לא תטול אלא דבר מועט והשאר ינתן לאחיותיה אבל אם לא היה תנאי גמור א"ל דלגבי בתו לא בהקפדה ותנאי קאמר אבל הרשב"ץ בתשו' ח"ג סימן ק"ל כ' דאם אמ' תנו לבני כך וכך וישא בת פ' או לבתי כך וכך ותנש' לבן פ' הרשות בידם לישא ושלא ישא ואם אמר פ' לפ' ויטול כך וכך אם לא קיים דבריו לא יטול כלום וכולי עיין שם הרי דסב"ל דגם בבנו ובתו אם אמר ישא פ' ויטול כך וכך הוי תנאי ואם כן נראה דגם הר"ש בנו הכי סבירא ליה ודלא כמהרא"ד"ב

מיהו אפילו בתנאי גמור נראה דאינו יכול לסלקו מהירושה כמ"ש מהריב"ל חלק שני סימן מ"ח וז"ל ועוד מטעם אחר דבנ"ד לא התנה עמש"ב אלא תנאי הוא שהתנה שאם לא תבוא לדור בצפת שלא תטול כי אם עשרה סולטני"ם אבל אם תבוא לדור בצפת תטול כל חלקה וכגולא שלא התנה עמש"ב וכו' הא נמי לאו מילתא היא דכיון שאינו יכול לסלקו מהירושה אלא ע"י שיתן כל נכסיו לשאר בניו וכולי אין לחלק בין היכא דסלקו לגמרי ובין סלקו ע"י תנאי והסכים עמו מרן בתשובות בס' אבקת רוכל סימן קנ"ח עיין שם וכן כתב מהרש"ך חלק ראשון סימן קפ"ה עיין שם וה' תורת חסד סימן רמ"ת עיין שם וכן מוכח מדברי המבי"ט חלק ראשון סי' קמ"ב וז"ל אלא אפילו היו בלשון ירושה שהיה אומר אם יבא יירש ואם לא יבא ויקיים תנאים אלו לא יירש היה תנאי צריך להתקיים ואם לא נתקיים לא יירש וכולי דהא דתנן לא יירש פ' בני עם אחיו לא אמר כלום היינו דלא סיים שישאר אחיו יירשו אבל אם אמר לא יירש בני פ' אלא אחיו יירשו הכל דבריו קיימין עיין שם משמע דאם לא אמר רק לא יירש תנאו בטל דהוי מתנה עמש"ב וכן כתב מהרשד"ם בתשובות סימן שי"ח עיין שם וכ"ל קצת ראייה עמ"ש רשב"ס דקל"ג גבי נכסי לך ואחריך לפ' והיה א' ראוי ליורשו וז"ל וגם אם פי' אני מורישך ע"מ שיטול האי שני אחריך הוי נמי

נמי מתנה עמש"ב והמעשה מעשה והתנאי בטל וכן כתב הרשב"א במיוחסות סימן מ"ה עיין שם והכא נמי אינו יכול לסלקו ע"י המתנה וכן משמע מדברי המרדכי בפ' י"נ סימן תתקל"א עיין שם :

אבל מצאתי בשיטת קידושין בפ' האומר דס"א ע"ב שכתב וזה לשונו מלה"ד וכולי מי גרס לו לירש עם אחיו בשאר נכסים כפלו גרס לו דאי לא כפליה כלל היה משמע שאם לא יתן לו מאתים זוז לא ירש כלל וכולי ואין כאן עקירת ירושה דהא לא קעקר לה דאם היה נותן מאתים זוז היה יורש וכולי עיין שם הרי דסבירא ליה דיכול לסלקו מהירושה בתנאי כיון שאם היה מקיים התנאי יורש וכן כתב בתשובות חכם צבי סימן מ"א בנשבע שלא ישא אשה אלא ברצון אשתו א' אפי' בלא כולל תלה השבועה דלא הוי נשבע לבטל את המצוה כיון שהשבועה בתנאי ואפשר שתתרצה וכה"ג אמרינן במציעא באומר ע"מ שאין לך עלי אונאה דלא הוי מתנה על מש"ב לשמואל משום דמי יימר דקעקר עיין שם וכן כתב הרשב"ץ חלק ראשון סימן ל"ד והביאו מרן הב"י בא"ה סימן קי"ח בא' שלקח אשה וקבל שלא ישא אחרת אלא ברצונה דלא הוי מתנה עמש"ב כיון דאפשר לפייסה ותתרצה וכן כתב הרא"ש בתשו' כלל ל"ג דלא הוי מתנה עמש"ב כיון ודאי דלא עקר ומהרא"ם סימן ס"ד הק' דהא קיימא לן כרב באומר ע"מ שאין לך עלי אונאה דהוי מתנה עמש"ב אף על גב דלא עקר ודאי ולכל הת' הכא בממון גבי עקירת ירושה אף ע"ג דלא עקר ודאי הוי מתנה עמש"ב וכן ראיתי למהראנ"ח סי' רי"ז שכתב וז"ל וכ"ת ע"כ לא אמרינן הכי בפרק י"נ אלא כשיש לו באותה שעה בן ואמר על הבת שתירש באותה שעה קעקר מש"ב אבל הכא באותה שעה שאמר על הבת שתירש עדיין לא היה לו בן מאשה אחרת ומי יימר דיהיה לו בן דילמא לא יהיה לו ולא יעקרו מש"ב ודמיא להא דאמרי' בפ' הזהב גבי על מנת שאין לך עלי אונאה וכו' לא היא חדא דהא קיימא לן כרב גבי אין לך עלי אונאה דתנאו בטל וכולי ותו דבפרק י"נ אמרינן דתנאי בית דין דכותב לה בנין דיכרין דיהוון ליכי מנאי אינון ירתון וכו' הוי מתנה עמש"ב וכולי התם נמי מי יימר דקעקר דילמא לא יהיו לו בנים ממנה ואת"ל שיהיו לו בנים דילמא לא יהיו לו אחים שירשו עמהם דבאותה שעה אין א' מהם בעולם אלא ודאי דלא מפליג בהכי עיין שם הרי דאפי' היכא תרי מי יימר דהוי ס"ם הוי מתנה עמש"ב :

וראיתי להרא"ש בתשו' הביאו הטור בסימן רמ"א סי"ב שכתב ראובן נתן ממונו לשני בניו וריבה לזה ומיעט לזה והטיל תנאי במתנה וכו' יראה לי כיון שנתן להם אביהם בתנאי שלא ימכרו עד שיהא לקטן ך' שנה זה שבטל תנאו נתבטלה מתנתו דקיימא לן כל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי וכו' וכ' ה' כנסת הגדולה שם אות ע' זה הפך גדולי המחברים דס"ל דאפי' אמר בפי' אני מוריסך על מנת שיטול השני אחריך ואם לאו לא יטול אין בדבריו כלום מהר"א ן' יעיש בתשוב' כ"י עיין שם ונראה דל"ד דהתם בקיום התנאי בע"מ שיטול השני אחריך הוא עוקר הירושה והירושה לא פסקה אבל הכא דקיום התנאי הוא יורש לא עקר וכדברי השיטה:

ומדברי הרא"ש בתשו' סוף כלל פ"ב והביאו הטור בסימן רכ"ג סימן מ"ט שכתב וז"ל ששאלת על שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בני ולא יירש ומנה לפלוני בני ויירש ולא היו לו בנים יותר והיו לו נכסים הרבה וכו' תשובה אם חזרה יש כאן הי"ל לומר לשני מנה לפלוני בני וירשו אלא מדקאמר ויירש ש"מ שעמד בדבריו הראשונים ויירש השני הכל וכולי עיי"ש לכאורה דס"ל דע"י תנאי יכול לסלקו מהירושה דאל"כ מ"ש מנה לפלוני בני לא יירש לא אמר כלום מיהו נראה דס"ל דהיינו דוקא אם לא אמר רק לא יירש אבל הכא שסיים ומנה לפלוני בני ויירש כיון שהקנה אותם שאמר פלוני יירש אפי' אמר לא יירש פ' מהני וז"ל מהר"י ן' מיגש דק"ל אבל היכא דאמר פלוני בני לא יירש עם אחיו אף על גב דממילא שמעינן דשאר בנים ירתי ליה כיון דלא אמר בהדיא פ' ופ' בני יירשוני אפי' ריב"ב מודה דלא אמר כלום וטעמא דמילתא דכיון דלא אמר בהדיא פל' ופ' יירשוני אשתכח דעדיין לא העביר הירושה ממקומו' שהרי לא הקנה אותה כלל לא' מהם כדי שיסתלק מן האחר וכיון שלא העביר אותה ממקומה ממילא נסתלק' הירושה להוות בן בכלל הבנים ומש"ה לא איכפת לן במאי דקאמר פלוני בני לא יירש עם אחיו כיון דהא נפלה ליה ממילא וכו' עיין שם משמע בהדיא אם לא הקנה אותה כלל אלא אמר לא יירש פלוני עם אחיו דוק' לא אמר כלום דממילא זכה הוא בירושה אבל כל שהקנה אותה באמר פלוני ופלוני יירשוני אפי' אמר בתחילה לא יירש פלוני אלא פלוני ופלוני יירשוני כיון שהעביר הירוש' ממקומה דבריו קיימים וכן כתב הרב נמקי יוסף וז"ל וכיון שאומר בלשון לא יירש או לא יטול וכו' מיהו אם סיים ואמר וכו' (א"ה עכ"מ) :

איברא דבבתרא דקכ"ו ע"ב אמתני' דהאומר פ' בני לא יירש אמרי' לימא מתני' דלא כר"י דאי ר"י האמר בדבר שבממון תנאו קיים וכו' אפי' תימא ר"י התם ידעה וקמחלה הכא לא קמחיל ופי' רשב"ם וז"ל התם קמחלה שע"מ קיבלה קידושין וכהיא הנאה דמקדש לה מחלה ליה וכיון דקיבלה קידושין מניה נתרצית למחול אבל הכא מי מחל מה הנאה יש לו לבן שימחול ואע"פ ששתק הבן אין זה מחילה דאינו רוצה להכעיס את אביו עכ"ל משמע דאם יש לבן הנאה אפי' שתיקה הוי מחילה ואם כן בנ"ד בהנאה של המקנה נתרצה למחול חלקו בירושה וכ"כ דעת מהר"ם במרדכי בפ' הכותב שכתב דיכול אדם להסתלק מדשלב"ל וזה לשונו ראובן רצה לקנות בית ודואג פן יצטרך למוכרו ואשתו מעכבת עליו ויוכל להתנות עם אשתו בשעת קנייה וכו' נהי דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מסתלק בטוב מדשלב"ל כדתנן בפרק הכותב וכו' נחלה הבאה לו לאדם ממ"א מתנה עליה וכו' ומהני לנכסים שכבר באו לעולם בין לפירות דאכתי לא אתא עיין שם והרב חוות יאיר סי' כ' הביא ראיה מההיא דפ' י"ן דאמרינן הכא לא מחיל עיין שם אבל מצאתי למהר"ם בתשו' סי' קע"ה וז"ל השיב ר' אותו את שלוה להיות מסולק מירושת הבית לא אמר כלום כדתנן פ' בני לא יירש לא אמר כלום ומוקי לה בגמ' אפי' כר"י דאמר נותנה עמש"ב תנאו קיים ואף על גב דמסקי' טעמא התם מי ידע דמחיל לאו דוקא וכו' וה"ה נמי אפי' מחל ומסלק עצמו בשעת הלוואה ומתרצה לדברי אביו כי ירושה אינו יכול להתנות וכו' כדפסקי' בהכותב אם מתה יירשנה ואינו יכול להתנות וכו' אלא ה"ק אפי' מחילה ליכא והוא הדין דאם מחל לא מהניא כיון דהוי ירושה דאורייתא והיא נמי לאחר מיתת המגרש וכולי עכ"ל הרי להדיא דס"ל דאינו יכול להסתלק מירושה וכן כתבו התוספות בר"פ הזורק דגיטין דאינו יכול להסתלק מירושת אביו שהיא דאורייתא דדוקא בירושה דרבנן יכול

להתנות

להתנות עיין שם וכן כתב רשב"ש גופיה בפרק חזקת עיין שם וכבר חלק הרשב"א והובא בש"מ שם על רשב"ש וז"ל מסתברא דהא דקאמר לא מחיל ל"ד אלא לרבותא נקטיה דודאי אפילו מחל הבן בפי' דמחי' במה שאינו שלו עדיין והוא עתיד לו ממילא בירושת האב אינו יכול וכו' אבל מדברי ר"ש נר' שהוא סבור דאם מחל מרצונו מחילה וכו' ואינו מחוור בעיני עיין שם וה' חוות יאיר שם הק' מדאמרינן בפרק י"נ בכור שנטל חלק בפשוט ויתר וכו' ור"פ אמר ויתר באותה שדה וכו' וכ' רשב"ש אבל שאר נכסים ל"מ מחיל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עיין שם וכ"כ כוונת הרשב"ש סימן תתק"ם שכתב דיש ראייה מפרק י"נ דאין אדם יכול להסתלק מדשלב"ל עיין שם מיהו י"ל דהא דאמר אידך לא מחיל ר"ל בסתמא לא מחיל אבל אם מחל בהדיא מהני אלא דר"פ סבירא ליה כיון דאין לבכור קודם חלוקה מסתמא לא מחיל אלא מה שיש לו וכן ראיתי להרב בני יעקב דף מ"ג עמוד רביעי שכ"כ לדעת הר"ן דאם מחל בפי' מהני אלא דמסתמא לא מחל אלא מה שיש לו ברשותו ונדחק לפ' מ"ש רשב"ש דאין אדם מקנה וכו' ר"ל כיון דאין לבכור קודם חלוקה ואינו יכול למכור דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אם כן בנסתלק אף על גב דאם מחל בפי' מחילתו מחילה הכא דלא מחל בפירוש אלא שנטל חלק בפשוט אמרינן דלא ויתר אלא מה שיש לו ברשותו עיין שם באורך וליתא שהרי כתב רשב"ש אבל שאר נכסים לא מצי מחיל וכולי ועיין בש"מ לשם שהכריע כן הרשב"א דאם מחל בפירוש מהני אבל הר"ן חלק עליו וזה לשונו ומ"ד אין לו לבכור קודם חלוקה ס"ל דאפי' רצה הבכור לזכות בחלק בכורתו קוד' חלוק' לאו כ"כ דלתת לו כתיב עד שיתברר חלקו וכיון שאפי' רצה לזכות אינו זוכה אף כשהוא מסתלק אין סילוקו סילוק שאין הסילוק כלום אלא במה שאפשר לו לאדם לזכות כאומר איני רוצה לזכות בו אבל במה שא"א לזכות בו מהא סילוקו והו"ל כאומר אם יתן לי פ' שדה פל' אי אפשי בה שאם נתנה לו אחר כך הדבר ברור שאין סילוקו של קודם לכן מעכבו מלזכות בו וכו' עכ"ל הרי דהר"ן סבירא ליה דאפי' מחל בפי' אין מחילתו כלום וכן דעת רשב"ש :

וראיתי לה' כנסת הגדולה בתשו' סי' כ"ה ונדפסה גם כן בס' עדות ביעקב סי' מ"ה דקל"ד סע"ד שכ' שה' אחיו דקדק מדברי רשב"ש דבכור שמחל בפי' חלק בכורתו הוי מחילה דמתנה קרייה רחמנא אבל בחלק הפשוט או שאר יורשים דמיקרו ירושה ולא מתנה אפי' מחלו בפי' אינו כלום וכן לשון הג"א שם שכ' וז"ל אבל אם מחל הבכור בפי' הוי מחילה משום דמתנה קרייה רחמנא ובירושה אפילו מחל בפירוש לא וכו' כנ"ל וקאי אמתני' האומ' איש פלוני בני בכור לא יטול וכו' והוא פי' נאה ואמתי עיין שם ודלא כהרב משפט לדק חלק ראשון סימן כ"ו עיין שם אם כן גם רשב"ש לא אמר אלא בבכור ועיין בהרב שמחת יום טוב סס"י כ"ט שפי' כן דברי הג"א ורשב"ש דלמאי דקיי"ל יש לבכור קודם חלוקה ויכול למחול אחר מיתת אביו וה"ה בחייו ולא ראה תשוב' ה' כנסת הגדולה הנז' ע"ש וכן לשון הרא"ד הובא בש"מ שם במתני' דאיש פ' בכור וכו' וזה לא מחל על עקירת נחלתו עיין שם משמע דאם מחל מהני מיהו אין נראה כן דעת רשב"ש שהרי כ' למ"ד ויתר כל הנכסי' וז"ל דהא כתיב לתת משנה שנות האב הוא ראוי ליתן לו וכו' והילכך יש כח בידו למחול כל שנה שירלה דהיינו

דבר שבא לעולם וכו' משמע דבחיי האב אינו יכול למחול דדבר שלא בא לעולם הוא ולא מיקרי מתנה אלא משנה שמת האב והרמב"ן במלחמו' בפ' הכות' הק' על הרז"ה שם שכתב אף על גב דקיימא לן בעלמא בתנאי שבממון קיים שאני הכא דירושה ממילא וכו' מההיא דפרק י"נ דאמרינן הכא לא מחיל וכו' ולא משני שאני ירושה דממילא עיין שם ואי אמרי' בכור יכול למחול חלק בכורתו בחיי אביו לק"מ דמשום חלוקה דבכור דמיקרי מתנה הולרך לשנויי הכא לא מחיל אלא משמע דהרמב"ן סבירא ליה דבחיי אביו אינו יכול למחול וכן כתב הרמ"ה בתשו' סי' רל"ז דבכור שמכר בכורתו בחיי אביו לא עשה כלו' עי' שם וכ"כ בתשו' הגאונים שער ג' סי' ע"ל בשם רב למח עיין שם וכן כתב הרשב"ש בס' תקון סופרים דס"ה ע"ב וז"ל הכא לא מחיל כלומר שהבכור והיורש אינם מוחלים חלקם בירושת אביהם אלא בחלק בכור והא דקאמר הכא לא מחיל לאו משמע דאם מחי' מהני אלא אפילו מחיל בהדיא לא מהני עיין שם משמע להדיא דאפילו בחלק הבכור לא מהניא מחילה אבל הרז"ה אפשר דס"ל דגם בחיי אביו יכול למחול ולכך קאמר הכא לא מחיל מיהו אפשר דס"ל דלרווח' דמילת' קאמר דאפילו אם מחילתו ומחילה הכא מיהא לא מחיל כמ"ש התוספות והרשב"א המ"מ ועיין בה' שמחת יו"ט שם שהביא מדברי הרמב"ם שכת' הר"ן בס"פ אלו נערות ולא ראה דברי הרמב"ן במלחמות פ' הכותב שכ' להדיא דלא מהניא מחילה בירוש' האב עיין שם ועיין בתשו' הרב דברי אמת סימן ח' :

סימן רפ"ג

א' דין ב' ישראל שהמיר וכולי כתב המרדכי פ"ק דקידושין הביאו מרן הב"י וז"ל פסק מר לדק גאון דמשומד אינו יורש את אביו והא דפריך הכא לר"י דילמא ישראל משומד שאני הכי דילמא ישראל משומד מורים לבניו וכו' וכן פיר"ח ולראבי"ה נראה כמו שמורים לבניו הכא נמי יורש את אביו דאע"פ שחטא ישראל הוא אך יש כח ביד חכמים להפקיע ממונו כהפקר ב"ד הפקר ונראה לראבי"ה אפי' לדברי הגאון נראה דהאב יורש בנו המשומד דאמתי קנסי' לאב וכן בעל יורש את אשתו המשומדת אפילו מת מורישה לאחר שנשתמדה זכה הבעל בירושתה וכן פסק ראביה הלכה למעשה עכ"ל ונראה דר' לדוק גאון ור"ח ס"ל דמשומד אינו יורש את אביו מדאורייתא' וז"ל רש"י בספר הפרדס דכ"ו וז"ל כך הוא הראוי מן השמים שמשומד אינו יורש את אביו ישראל מ"ט דכיון דאישתמד ליה נפקא ליה מקדושת ישראל ומקדושת אבוה דאשכחן דלא הוי ירושה אלא לבר ישראל שמתייחס בתר אבוה דכתיב ונתתי לך ולזרעך אחריך וכולי מי שזרעו מיוחס אחריו יצא משומד שאין מתייחס אחר אביו ישראל וכולי לפיכך המלוה את חבירו ונשתמד ואח"ך מת אביו של המשומד אין נפרע ישראל ממון שלו מממון שהניח ישראל אבי משומד מפני שאינו יורש משומד את ישראל אביו וכו' וכן כתב רב נטרונאי בתשו' הגאונים חלק שני שער ג' סימן כ"ה עיין שם וכתב עוד רש"י שם דא"א שנשתמדה ומתה אם היתה תחת בעלה כתובה וכל מה שנתן לה יטול ממנה אבל ירושה דילה לא ירית לה דירושת הבעל מן ולשארו וירש מלמד שהבעל יורש את אשתו וכיון שנשתמדה נפקא לה משארו ולא ירית לה ע"ש והכנה"ג הגב"י אות ו' כ"כ בשם רב נטרונאי גאון ע"ש וכבר מהרא"ד"ב סי' ר"ך תמה על המרדכי שכ' דאפי' לדברי

לדברי הגאון דהאב יורש בנו מומר דאמאי נקנסיה לאב וכן הבעל יורש אשתו המומרת דהא ס"ל דמדאורייתא אינו יורש ולא קנסא ואם כן מ"ל אב לבנו או בן לאב ע"ש וכן נתבאר דברי רש"י ורב נטורונאי דהבעל אינו יורש אשתו המומרת והיינו משום דסבירא ליה דמומר יצא מקדושת אביו וה"ה האשה לא חשיבה שארו וה"נ אין האב יורש לבנו מומר מה"ט אבל לדידן דאינו אלא קנסא לא קנסו לאב ולבעל ומסתברא דה"ה אם יש על המומר חוב ומת אביו דהמלוה נפרע ממון שלו ממה שהניח אבי המומר לדידן דיורש הוא ד"ת ולא נקנוס לב"ח וה"ד כשאין לו לשלם :

ב' ישראל שהמיר וכו' שאלה על א' שמת והניח אלמנה ובת ובן א' מומר ותקנת הקהל שתטול האלמנה חצי כתובה והשאר ליורשים ועמד המומר וכתב לאמו שסילק את עצמו מירושה :

תשובה כתב הרא"ש בתשובות הביאו הטור וז"ל מומר שנתן הירושה שהיה לו לירש מאביו לאמו ומת אביו ותבעה אמו הנכסים וכו' כ' הר' יהודה בס' הדיינים תשו' א' לרבינו משולם שמומר אינו יורש את אביו והביא ראיה מן הפסוק וכ"ל דקרא אסמכתא בעלמא הוא דאע"פ שחטא ישראל הוא ובנו הוא לכל דבר אבל קנס הוא שקנסו חכמים ואסמכוה אקרא וכיון שאינו יורשו מיד שמת אבי המומר זכתה בת המומר בנכסי אבי אביה ולא היה למומר מעולם זכייה בהם ומתנתו אינה מתנה כלל כיון שהפקיעו חכמים ירושתו עמדה בתו במקומו וזכתה הבת בנכסי אבי אביה וכו' :

ונראה דהרא"ש מפ' דרבי' משולם שכ' המומר אינו יורש הוא קנס חכמים והביא הפסוק לאסמכת' וכן הבין מהרד"ך בית כ"ח אבל הפשט דרבי' משולם ס"ל דאינו יורש דבר תורה כדברי מורה צדק גאון ור"ת וכן כתב בתשובות הגאונים סימן קל"ז דאין מומר יורש ואם אמרו גוי יורש את אביו אביו גוי ולא אביו ישראל וכולי נראה דאינו יורש דבר תורה ולכך ק"ל מדאמרינן גוי יורש את אביו דבר תורה ותי' דיורש אביו גוי ולא אביו ישראל וכן מצאתי בס' שערי צדק בשער ג' חלק רביעי סימן כ"ה תשובה לרב נטרונאי וז"ל הלכה משומד אינו יורש את אביו ישראל מ"ט דכיון דאישתמד נפק ליה מקדושת ישראל ומקדושה דאבוה דלא הויא ירושה אלא לבר ישראל דאיתייחס בתר אבוה דכתיב ונתתי לך ולזרעך אחריך את ארץ מגוריך וכולי מי שזרעו מיוחס אחריו יצא משומד שאינו מתייחס אחר אביו ישראל וא"ת הא דאר"י גוי יורש את אביו דבר תירה התם ה"ק גוי יורש את אביו גוי ד"ת שנאמר כי ירושה לעשו וכו' ע"ש ואפשר שזהו ראיית רבינו משולם מן הפסוק כדברי רב נטרונאי ואם כן נראה דאינו יורש מן התורה קאמר כדעת הגאונים והמרדכי פ"ק דקידושין כתב וז"ל ודילמא מומר שאני פסק מר צדק גאון דמומר אינו יורש אביו והא דפריך הכא לר"י דילמא מומר שאני ה"פ דילמא ישראל מומר מורים לבניו דעשו היה מומר והורים לבניו את הר שעיר וכולי וכן פר"ת ולראבי"ה נראה כמו שמורים לבניו ה"נ יורש את אביו דאע"פ שחטא ישראל הוא וכו' הרי דרב צדק גאון ור"ת ס"ל דאינו יורש מן התורה מדק"ל הא דפריך דילמא מומר שאני וכולי כמ"ש מהרד"ך בית כ"ח ומהרא"ד"ב סי' ר"ך עיין שם וכן כת' התה"ד סימן שמ"ט עיין שם ונראה דמר צדק גאון ור"ת ס"ל דמומר אינו יורש את אביו ישראל והא דאמרי' גוי יורש את אביו דבר תורה ר"ל גוי יורש את אביו גוי שנאמר כי ירושה נתתי לעשו וכולי שהורים עשיו לבניו לא שירש מאביו יצחק אלא שעשו יורש לבניו דכוותיה ודחי' ודילמא מומר שאני דעשו היה מומר והורישה לבניו כמותו וה' עדות ביעקב סימן ע"ב ג' הביא ס' שבלי הלקט שכ' תשובה לר"א אוחוגנא ריש גולה שכ"כ המומר אינו יורש את אביו וכולי וא"ת הא דאר"י גוי יורש את אביו ד"ת וכולי הכי פי' רב נמא גאון זצ"ל ואמרו במתיבתא אם אביו ישראל קאמר א"ל אי הוי שעיר דיצחק דירית עשו כדקאמרת השתא דלא דיצחק דה"ק כי ירושה לעשו נתתי את הר שעיר לאוריתי לבריה גוים ודחי' דילמ' שאני עשו דישראל מומר הוה ליה בנים אבל גוי גמור לא אלא וכולי עיין שם ולכאורה מוכרח דגוי יורש את אביו גוי קאמר דאם אביו ישראל לא משכחת בנו גוי אלא מומר ואם אביו נתגייר ועדיין בנו גוי הא אין הגוי יורש את אביו הגוי אבל בישראל הבא על הגויה דהולד הולך אחר אמו ואפ"ה יורש את אביו אע"פ שאינו מתייחס אחריו :

והרב תרומת הדשן סימן שמ"ט והביאו הדרישה וז"ל ואי ק"ל על תשובות הרא"ש מתשו' רש"י שכ' דנפקד מן המשומד ושלא יד לזכות בו דזכה הגוף הממון דמשומד מופקר הוא וכל הקודם זכה ואם כן אמאי בניו יורשים מה שהוא ראוי לירש וכולי לק"מ דודאי ממון המשומד בחייו הפקירו לכל אבל ממון של מורישו שהם כשירים לא הפקירו אלא שקנסו המשתמד וסילקו מאותה ירושה כאילו אינו ראוי לירש וממילא ירשו שאר קרובים עכ"ל ותשו' רש"י היא בתשובות מהר"ם הארוכות סימן ת"ת וז"ל ואם שלא בו ראובן יד בחיי המשומד או שיש עדים שתבע ממנו ואמר אני זוכה אין לך שליחות גדולה מזו ונראה בעיני שאין כח הדיינים להוציא מידו דאתמר ממון מסור וכו' ואם לא שלח יד בחיי המשומד אין כאן זכייה ואם יאמר ראובן שיש בנים למשומד בגיותו וכולי אין בדבריו כלום שישראל הבא על הנכרית הולד ממנה אינו בן כדתנן וכולי עיין שם ולי נראה דרש"י סבירא ליה דמומר אינו יורש את אביו מן התורה כדעת רבינו משולם וכ' הפרישה דאם המומר מדאורייתא אינו יורש גם כן לבתו אין לה זכייה דהא בתו מכח אביה ושאר בני אביו יורשי' הנכסים אבל אם מדאורייתא יורש אלא שחכמים קנסו אותו נשארת בתו במקומו וזכתה בנכסי אביה עיין שם וא"כ למ"ד דאינו יורש מדאורייתא אימו מורים לבתו ואם כן נראה דעת רש"י סבירא ליה הכי דאינו יורש מדאורייתא ומה"ט אין הבעל יורש את אשתו המומרת וכמבואר בס' הפרדס לרש"י דכ"ו ע"ש והכא כמי אנפקד זכה אבל הרמב"ם והרא"ש ס"ל דמשומד יורש מדאורייתא ולכן מורים לבתו ואפילו הפקירו חכמי' נכסיו מיד כשמת הרי הם בחזקת יורשיו וזכו בהם :

ושוב מצאתי בתשו' מהר"ם הארוכות בסי' תתקכ"ת שכ' תשו' רבינו גרשום דס"ל דמומר אינו יורש אביו ישראל מדאורייתא וכן פסק רב צדק גאון ור"ת אבל ריב"א אמר שמומר יורש את אביו דמלי' בפר' ת"ה שיצחק זכה בהר שעיר מכח אברהם דאר"י אמר שמואל כל שהראה הקב"ה למשה חייב במעשר וכו' אלמא אליב' דר"י דהלכה כוותיה ניתן לאברהם את הר שעיר וירש יצחק את אברהם ויירש עשו את יצחק אלמא מומר יורש את אביו וכן כתב ראבי"ה דכיון שהוא מורים לבניו כן הוא יורש את אביו וכו' ומור"י רבינו שמחה בר שמואל אומר דאפילו לדברי הגאונים שאמרו דמשומד אינו יורש את אביו בן משומד יורש את זקנו מדברי תורה דאמר

מכח

מכח אבוה דאבא קאתי דכתיב תחת אבותיך יהיו בניך כההיא דשלהי מי שמת וכולי ואמרי' נמי בירושלמי ואם לבנו ייעדנה מייעדה לבנו ואינו מייעדה לבן בנו ר' בעי קומי ר' זירא גבי נחלה את עביד בן הבן כבן ואם כן בן ראובן בא מכח ראובן דיורש לראו' אם כן אינך עוש' חנוך לענין נחלה כאלו הוא בנו של יעקב אלא בנו של ראובן וכו' עכ"ל והירושל' הוא בפ' קמא דקידושין ותירץ רב תנחו' דבנחלה שעשה האח כבן דאם אין לא בן דאחיו יורשו עשה בן הבן כבן אבל בייעוד דאין אתה עושה האח כבן דאין מייעדה לאחיו הכא נמי אין מייעדה לבן הבן עיין שם אם כן משמע דבן הבן אפי' אין אביו ראוי לירש יורש הוא זקנו דאם לא כן מה ענין נחלה לייעוד דהא בנחלה לא יירש זקנו הרי שכ' דאפילו לדעת הגאונים דמשומד אינו יורש את אביו בנו יורש זקינו דאמר מכח אבוה דאבא קאתי מיהו נראה דלא קיימא לן הכי דכת' הטור ומרן בסוף סימן ק"ד לוה שאין לו ממון לפרוע ונפל הבית עליו ועל מורישו ובני הלוה אומרים אבינו מת ראשון וירש את מורישו בקבר והוריש לנו ואין לבעל חו' ליטול כלום ממנו שהרי אין בעל חוב נוטל בראוי וכולי וכתב הרב ש"ך שם מדכתב ובני הלוה אומרים אבינו מת א' וירש את מורישיו בקבר והורישו לנו אלמא לא סבירא ליה דמצי למי' מאבוה דאבא קאתי אלא הם מכח אביהם שירש את אביו בקבר ואם כן אמאי זכו היורשי' ולא בעל חוב משום דאין בעל חוב נוטל בראוי וזה דעת הרא"ש בפרק יש בכור אינו נוטל בראוי והביא ראיה ממתניתין בפרק מי שמת עש"ב ואם כן לדעת הגאונים דאין המשומד יורש את אביו מן התורה הכא נמי אין בן המשומד יורש את זקנו דלמ"ל מכח אבוה דאבא קאתי וכן סיים מהר"ם בתשוב' שם ואם כן בתו אינו עומדת במקומו לירש נכסי אבי אביה ולכולי עלמא אין מתנתו מתנה וא"כ הכא נמי אם אין למומר בנים תחזור ירושה לשאר בני אביו :

מיהו אפשר כיון דיורש הוא מן התורה ונתן ירושתו לאמו לא הפקיעו חכמים כחו שיפסיד המתנה שזכה מן התורה אלא דוקא לגבי יורש שזוכה בירושה מכחו וכבר מהרא"ב סימן ר"ך תי' על סתירת דברי הרא"ש בתשו' שכ' דתקנת חכמים שלא יירש ובפסקיו כ' מומר יורש דבר תורה דס"ל דודאי כל מה שאנו יכולים להעמיד הנחלה בחזקתה מוקמי' ואם כן במומר אמרינן דיורש ולא נסמוך על רבינו משולם לעקור הנחלה מחזקתה אבל בתשובות שנתן המומר מתנה לאמו נסמוך על תשו' רבי' משולם ואמרי' דאינו יורש כדי שמתנתו בטילה ותירש בתו ותעמוד הנחלה במקומה וכולי עיין שם וא"כ נראה דאין מבטלין מתנתו אלא דוקא כדי שתירש בתו מכחו להעמיד הנחלה בחזקתה שהוא יורש ומורים אבל אין מבטלין מתנתו שנתן ליורש שאינו מכחו דאין לעקור הנחלה מכחו לגמרי כדי לזכות יורש אחר שאינו יורש מכחו וכ"ש בכ"ד שאמו מן הדין נוטלת כל כתובתה אלא שתקנו שהיורש חולק עמה אם ירצה וכיון שזה יורש מן התורה ונתן ומחל לה על התנאי אין לנו לקונסה :

ג' הג"ה וישראל שהיה חייב לגוי וכולי כ' רב נמח גאון בתשובות שכתב ה' שבלי הלקט הביאו ה' עדות ביעקב כתב א"ה דגוי יורש את אביו גוי מה עסקי' עם גוי וכולי וא"ל אילטריך דאית ליה לגוי מלוה או פקדון גבי ישראל ומת ההוא גוי אי כדאמרן גוי יורש את אביו גוי ד"ת חייב להחזיר ההוא מלוה או פקדון לגבי יורשיו דההוא גוי ואם הגוי אינו יורש את אביו הוו נכסי הגוי וקנאם ההוא בר ישראל ולא מחייב להחזיר וכולי וכן כתב רב נטרונאי בתשו' הנז' :

סימן ר"ץ

א' דין ט"ז אבל מינהו יתומים וכולי כתב מהר"ם בתשו' הקצרות סימן רע"ג וז"ל וכ"ל דאי ליכא סהדי שמינהו אבי יתומים אפילו בשבועה לא יניחוהו להתעסק בנכסים אי לא מהימן לב"ד ומסלקינן ליה עד שיביא ראיה שמינהו אבי יתומים וכולי וגדולה מזו כתב ר"י בעל העיטור וכו' שצריך לחשוב עמו כיון דלא ישבע ואם כן כ"ש דלא יניחוהו ב"ד לירד בנכסי' בלא ראיה עיין שם ונראה דאף למאי דקי"ל דמינהו אבי יתומים אין צריך לחשוב עמו מ"מ אינו נאמן לומר שמינהו אבי יתומי' לירד בנכסי' בלא ראיה ומסלקין אותו :

ב' אבל נשבע על טענת ודאי וכולי ואין חי' בין טענת עצמו או על פי עדים שו"ת בשמי' ראש סי' קכ"ו עיין שם ועיין בסי' ע"ה סכ"ג :

ג' דין י"ח אין ב"ד וכו' כ"כ הטור בשם הראב"ד וכן כתב בעל העיטור בד"ן ע"ד כתב הב"ח דהראב"ד מודה דרשאים ב"ד למנותו להאמינו בלא שבועה אלא שאין יכולים לפוטרו בלא שבועה אף כשיתבעו ממנו היורשים כשיגדלו וכ"נ במה שרשאים ב"ד למנותו בלא שבועה דהשתא רחוק הוא שהיתומים יתבעו ממנו השבועה כיון שפטרוה בית דין והביא ראיה מדתנן בפ' הכותב ואם נעשית אפטרו' יורשים משביעין אותה וכו' אלמא לרבנן מינהו אבי יתומים ישבע אע"פ שפטרה הבעל משבועה על העתיד והכא נמי כיון דהשתא נכסי דיתמי נינהו לא מהני פיטור דידיה הכא נמי לאבא שאול במינהו ב"ד דישבע אפילו כשפטרוהו ב"ד משבועה צריך לישבע כשיגדלו היתומים ויתבעו ממנו השבועה מה"ט דנכסי דיתמי נינהו ע"ש ואין נראה שהרי כתב הרא"ש בפרק הכותב סי' כ"ט וז"ל ואף אם פגמה כתובתה מן היורשי' או יורשים מן היורשים פטורי' מן השבועה ול"ד לשבועת האפטרופוס דאע"פ שפטרה ממנו ומיורשיו אם נעשית אפטרו' אחר מיתת בעלה צריכה לישבע דהתם לא פטרה אלא מאפטרו' של ממונו שאף יורשיו לא ישביעוה על שנעשית אפטרופוס על ממונו וכשמת יצא הממון מרשותו ונכנס לרשות היתומי' ואפטרו' של ממון יורשי' לא פטרה אבל שבועה דפוגמת פטרה מכל פגם שיבא לאותה כתובה שכתב לה ממה שיהיה ולמי שיהיה ועוד מסקא דעתה דילמא לא יוכלו יורשיו לפרוע כתובתה בבת א' ותצריך לפוגמה ע"כ בקשה שיפטרנה מן השבועה וגם מיורשיו אבל לא מסקא דעתה שיורשי' ימנוה אפטרו' עכ"ל משמע דאם פטרה בפי' על האפטרו' של היורשים מהני והכא נמי מהני פיטור בית דין משבועה ואין היורשים יכולים להשביעה :

ד' דין ד' פטור מגניבה ואבידה וכולי הש"ך תמה דהרא"ש והטור שפסקו כן אזלי לטעמייהו דלא סבירא להו כרב יוסף כמבואר בסימן ע"ב וסימן רס"ז אבל מרן שפסק שם כרב יוסף ה"נ מלוה קעביד והוי ש"ש ור' האי והרשב"א שכתבו דכל האפטרו' חייב היינו לאפוקי דעת הרמב"ן דמינהו אבי יתומים אינו חייב אפילו בפשיעה אבל ודאי דלדידהו שפסקו כרב יוסף ש"ש נמי הוי וחייב בגניבה ואבידה וכן כתב הרשב"א בחי' בפ' הנזקין להדיא עיין שם ונראה דמאי דפשיטא ליה דר' האי פסק כרב יוסף הוא מדכתב הטור בסי' ע"ב

כל

כל הגאונים פסקו שהמלוה על המשכון ש"ש הוא וכו' ולא ראה דברי רב האי בס' המשכון וז"ל האופן הא' הוא כשיהיה המשכון ממושכן אצל המלוה בשעת ההלואה וטען המלוה שהמשכון אבד משפטו שישבע המלוה שבועה מ"ה על טענתו ויפטר וכו' מפני שנטילת המשכון בשעת ההלואה כאלו הוא זכרון אצל המלוה ואין המשכון עד"ז מקום פריעת השתלם ההלואה והאופן הב' כשיהיה המשכון ממושכן אצל המלוה לאחר זמן ההלואה אז יקום מקום פריעת השתלם ההלואה ויהיה משפטו כמשפט ש"ש שאם נגנב או אבד חייב המלוה לשלם וכו' עכ"ל הרי דס"ל דדוקא במשכון שאחר ההלואה הוי ש"ש מטעם דב"ח קונה משכון אבל בשלא בשעת ההלואה לא הוי רק ש"ח דלא סבירא ליה כרב יוסף וכן כתב ר' ישעיה בספר המכריע סימן ל"א שכן דעת ר' האי ורב עמרם ומה שהק' דהא בשומר אבידה קי"ל כרב יוסף דאמר ש"ש הוי ולא גרע מלוה על המשכון משומר אבידה ע"ש תמהני דר' ישעיה גופיה בסימן ע"ה פסק כרבה בשומר אבידה דהוי ש"ח עיין שם אם כן א"ל שכן דעת ר' האי ורב עמרם דמלוה על המשכון ושומר אבידה לא הוי רק ש"ח ומ"ש הטור כל הגאונים וכו' ל"ד כל הגאונים אלא דרוב הגאונים פסקו כמ"ש ר' ישעיה שם בשם רב צמח גאון ורב מתתיה גאון וכן פסק ר' סעדיה בתשובו' הגאונים חלק שני שער א' סימן כ"א עיין שם אבל ר' האי ס"ל דלא קי"ל כרב יוסף והכא נמי אפטרופוס שמינהו אבי יתומים לא הוי רק ש"ח והרשב"א בתשובות כ"י הביאו הכנה"ג אות קי"א כתב וזה לשונו מת האפטרו' קודם שהגדילו היתומים וכשגדל היתום תבע מיורשי האפטרו' להחזיר לו נכסיו והיורשי' טועני' שאביהם החזיר לו והיתום טוען קטן הייתי באותה שעה שמת ומסתמא לא השיב דאלו השיב פושע היה וכו' הרי אלו פטורים שטוענים ליורשי' דשמא החזיר אביהם ממונו לקטן בכמה גווני דאין לו דין פושע דשמא האכיל ליתום או אירע בהם אונס ואם מינהו אבי יתומים שפטור מגניבה ואבידה שמא נגנבו או נאבדו ומ"מ יורשים שטענו שמא אביהם החזיר הכל טוענים להם כמ"ש אבל אם טוענים אבינו החזיר הכל אין טוענים להם שכל שטוענים טענת ברי אין טוענים להם ועכ"ז לא ראיתי לחייב את היורשים וכו' דשמא לא פשע היתום בחזרתו אם הגיע היתום לעונת הפעוטות וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דאפטרו' שמינהו אבי יתומים פטור מגניבה ואבידה אבל מינהו בית דין דחייב בגניבה ואבידה ואם היתום הגיע לעונת הפעוטו' והחזירו לו פטור ומשמע אפי' מינוהו בית דין דחייב בגניבה ואבידה פטור והרא"ה הובא בש' א"ז לקמא דע"ל כ' דאפטרו' שמינהו ב"ד ש"ש הוא עיין שם אבל הרשב"א והר"ן בפ' הנזקין כתבו דאפי' מינהו אבי יתומים חייב בגניבה ואבידה דהוי ש"ש משום פרוטה דרב יוסף והביאם הש"ך ס"ק כ"ד עיין שם:

ה' כתב הרשב"ש סימן שע"ג על אפטרופוס שפרע שטר חוב ליורשי המלוה ומת לוה ואחר כך מת מלוה דחייב לשלם להם מה שהפסידם לפי שמן הדין פטורים היו דאין אדם מוריש שבועה לבניו והוא פשע בנכסיהם ואף על פי שהרמב"ם סובר דאפטרו' שמינוהו אבי יתומים שפשע פטור וכן נראה דעת הרשב"א בחי' ובירר כן דעתו בתשו' אבל מינוהו בית דין מודה דחייב לשלם וכל שכן לדעת רב האי והרא"ש דסבירא להו דאפי' מינוהו אבי יתומים חייב וכו' ואין להוציא מיורשי מלוה דאפילו תפסו הם מנכסי לוה אין מוציאין מידם עיין שם

ועיין בב"י שכ' על המ"מ ואני מצאתי להרשב"א בתשו' להפך וכו' והרב משפט צדק ח"ב סימן ז' כתב דבתשו' הרשב"א סימן אלף ק"ו מבואר כמ"ש המ"מ בשמו דחיי' בפשיעה עיין שם וליתא דהך תשוב' מהר"ם ב"ב חתום עלה והיא בתשו' הקצרות סימן קנ"ז ע"ש אבל הרשב"א סבירא ליה דפטור אפילו מפשיעה כמבואר בתשוב' ח"א סימן תתקנ"ז וח"ב סימן רנ"ט וח"ג סימן ר"א וח"ד סי' רמ"ב עיין שם וכבר הרב כנסת הגדולה בסימן קפ"א אות ע' כ' בכעין זה על מהרי"א סי' שפ"ט ואם כוונתו לומר דאם הרשב"א חולק על זה איך קבעה בתשו' לא מילתא היא דשמא המעתיק וכו' והביא ראיה מתשובה אחרת שהועתקה בתוך תשו' הרשב"א וליה לא סביר"ל עיין שם ודידן עדיפא דתשו' מהר"ם גופיה הובא בתוך תשוב' הרשב"א והוא לא סבירא ליה הכי וכהאי גוונא כ' הרב שמחת יום טוב סימן כ"ג עיין שם מיהו בתשו' הרשב"א שכתבתי לעיל משמע דהיינו פטור אלא מגניבה ואבידה אבל בפשיעה חייב עיין שם:

ומ"מ מדברי הרשב"ש משמע דבמינוהו אבי יתומי' יכול אפטרו' לו' קי"ל כר' חייס והרמב"ן והרשב"א דפוטרים אבל מהרשד"ם ומהרש"ך כתבו דגם ר"ח לא פטרו אלא מפשיעה אבל לאבד בידים לכולי עלמא חייב הביא' הכנה"ג אות קכ"ו ע"ש וגדולה מזו כ' מהרש"ך חלק רביעי סימן א' דאפילו דמת בתוך זמנו דאין גובי' מיתומים קטנים עד שיגדלו אם אפטרופוס פרע למלוה חייב לכ"ע דהוי מזיק בידים עיין שם אבל במינוהו ב"ד חייב כמו שהסכימו האחרונים ודלא כמהריב"ל ח"ד סי' י"א ע"ש ועיין בתשו' הכנה"ג סימן ר"ו והרשב"א בתשו' ח"ג סימן ת"ב נסתפק בשלוחים המתעסקים בצרכי צבור אם פטורים מפשיעה כמו האפטרו' ע"ש:

ו' אפטרו' שהכניס לבת נדוניא יותר מעישור נכסי הוי פשיעה וגם ר"ח מודה דמאבד בידי' חייב וכתב ה' משפט צדק חלק שני סימן ז' דאפטרו' יפרע ולא החתן המקבל וכן דעת מהרשד"ם הביאו הרב כנה"ג אות קכ"ז ע"ש וכן נראה מדברי מהרש"ך חלק שלישי סימן ל"ו עיין שם אבל מדברי הרשב"ש שכתבתי לעיל משמע דכל שאין תפישת המקבל מעצמו תפיסה ה"נ אם פשע האפטרו' ונתן לו מוציאין מידו וכבר כתבתי בזה בסימן ס"ו דין ג' עש"ב וכתב ה' לחם רב דאם נתן ברשות היורש כ"ל דאפי' האלמנה לא נתנה לו רשו' אין לה דין ודברים עמו כיון שהממון בחזקת היורש ואין לה אלא שעבוד ותלך ותתבע ליורש שנתן רשות על כך עיין שם:

ז' כתב מהרשד"ם סימן כ"ג שהאפטרו' שהלוה בלא שטר אין לך פושע גדול מזה דאף על גב דאמרי' בס"פ אז"נ ג' צועקים ואינם נענים ואלו הם מי שיש לו מעות והלוה אותם שלא בעדים וכו' ואם כן נראה דאם הלוה אותם בעדים ליכא איסורא מכל מקום פשיעה איכא דאמרינן וכו' דאיכא למיחש שמא ישכח ויכפור וכו' וכ"ש אם היה עסק מו"מ וכו' והביאו הכנה"ג אות קל"א עיין שם ונראה שזה תלוי במחלוקת שכ' מרן הב"י סי' קפ"ה בנותן כלי לסרור למשכנם לו שכ' הנ"י בשם הרי"ף בתשו' דאפי' אמר משכנתים אצל פ' וכפר בו פשיעותא הוי דהו"ל למשכנם אצלו בעדים והרשב"א והר"ן ס"ל דלא הוי פשיעה וכ' הכנה"ג שם הגב"י אות י"ג וז"ל ויש לתמוה על הרי"ף דאיך חייבו מטעם דה"ל למשכנו בעדים שהרי במעשה דאבימי פ' הכותב כתב הרי"ף דאי ליכא שטר ולא אמר פרעתי בסהדי לא מחייב

מחייב לפרעיה בסהדי ושמא י"ל דשאני התם דא"ל פרע לפ' והא הימניה משא"כ כאן דלא סיים למי ימשכנם א"כ שאני פירעון דלא עביד לחזור ולתבוע אחר שנתפרע כיון שבא להוציא משא"כ במשכון דלא בא להוציא אלא להחזיק במשכון עכ"ל ולתי' הב' אפי' גבי פירעון דהימניה ה"ט דלא הוי פשיעה משום דהוי להוציא ולא עביד לחזור ולתבוע אחר שנתפרע אם כן גבי משכון אפי' א"ל לוה מפ' דהימניה הוי פשיעה וליתא שהרי כ' הב"י שם בשם הר"ן דאפי' לפי תשו' זו אם אמר לוה עלי מפ' ואמר שלוה ממנו וכפר בו פטור משבועה דאיהו הימניה וכ"כ הרשב"ש סי' קל"ו והרדב"ז חלק שני סימן תקכ"ט ע"ש וז"ל הב"י בפ' המפקיד ואף על גב דגבי פירעון וכולי שאני התם דמדא"ל שיפרע לפ' בשבילו אפשר שהיה מכירו ומאמין בו אבל הכא דלוה סתם אמר וכו' ע"ש ומש"ה אם הלוה מפ' פטור הסרסור דהא הימניה כמו גבי פירעון ואם כן הכא נמי אפטרו' שהלוה בלא עדים ושטר לדעת הרי"ף הוי פשיעה אבל לדעת הרשב"א והר"ן אפי' הלוה בלא עדים לא הוי פשיעה דהא במשכון שייך ה"ט דאסור להלוות בלא עדים ואפ"ה לא הוי פשיעה אבל אם הלוה בעדים בלא שטר משמע דלכ"ע לא הוי פשיעה כמ"ש הטור בסי' ע' דיכול להלוות בעדים והרמב"ם ומרן שם כ' דהמלוה בשטר משובח יותר משמע דבעדים נמי משובח אלא בשטר משובח ממנו (א"ה עכ"מ והשאר קרוע) :

ח' דין כ"ג משהחזיק בנכסי יתומים אינו יכול לחזור וכולי שכ"מ שלוה ומינה אפטרו' ואמר שאם יסתלק א' מהאפטרופום יהא רשות ביד הנשארים למנות אחר תחתיו כ' הרשב"א בתשו' חלק שני סי' שכ"א וז"ל ואפילו אמר השכ"מ בפי' ואם יסתלק א' מהם לאחר שיחזיק בנכסי אפ"ה אין א' מהם יכול להסתלק לפי שמשעה שהחזיק בנכסים נעשה שומר של יתומים וכולי והא דקאמר אם יסתלק לא נתינת רשות הוא אלא דאי קאמר וכולי עיין שם משמע דאם נתן רשות להסתלק אפילו אחר שיחזיק רשאי :

ט' דין כ"ד יתומים קטנים וכו' כתב הטור בשם הרמ"ה דוקא שהקטן בן ט' אבל פחות מבן תשע לא ואפילו בבן ט' אין לו רשות למכור אלא במטלטלי' ולא מקרקעי וא"א הרא"ש כתב דאין חילוק אלא הרי הוא כאפטרו' אפילו בקרקעות וכ"כ הרמ"ה בפרק י"נ סימן ל"ז גבי ההוא בכור דזבין נכסי דידיה ודפשוט דאמר ר"פ לא עשה כלום בפלגא וז"ל מיירי כגון דלא זבין אלא דבתר דמת פשוט כגון דהני יתמי הוו סמיכי גבי בוכרא דהוה אחוה דאבוהון וסד"א כיון דסמיכי יתמי גביה וזבין להנאת יתמי זביניה זביני קמ"ל דה"מ במטלט' אבל בקרקע לא כדברירנא בפרק הנזקין עכ"ל והנה מבואר בדברי הטור דהרא"ש חולק בתרוויהו דאפי' בפחות מבן ט' הוי אפטרופום אפי' בקרקעות וכן כת' ברמזים עיין שם וכן דעת הרשב"א בתשו' ח"ב סימן קכ"ט הביאו מרן הב"י סי' ר"ן דאפי' בקרקעות ופחות מבן ט' יכול למכור ומהרש"ך חלק שני סימן כ"א פסק כהרמ"ה והריב"ש שהסכים עמו ע"ש והרשב"ש בסימן תל"ז חלק על הטור דמדברי הרא"ש נראה דלא חלק על הרמ"ה אלא במכיר' קרקעו' ע"ש אבל בסי' רפ"ט וסי' שי"ד וסימן שע"ג פסק אפי' פחותים מבן ט' כהרא"ש ולא כהרמ"ה עיין שם וכן הסכים מהרימ"ט סימן ל"ז עיין שם וכן כתב המבי"ט חלק ראשון סי' קכ"ב שכן דעת המפרשים שלא חי' עיין שם והתימא על מהרח"ש שכ' דהמכירה אינה כלום ולא חש לסברת הרא"ש והרשב"א והטור דודאי יכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו גם מהריב"ל חלק ראשון סימן ל"ד כתב דיכול המוחזק לו' קיי"ל כהרא"ש דאפילו פחותים מבן ט' וכ"כ מהרא"ד"ב סימן קע"ו עיין שם וכן כתב הרדב"ז חלק שלישי סימן תמ"ט אף על גב דיש מי שחי' בין יתומי' קטני' הרבה ליתומים שהגיעו לעונת הפעוטות הסכמת רוב המפרשים דל"ש וכן הסכמת הרא"ש עיין שם ועיין בס' פני משה חלק ראשון סימן ס"ט :

י"ד ויש לו דין אפטרפום וכולי נראה דס"ל שהוא כאפטרופום גמור לתת בידו נכסי יתומים וגם להוציא מיד אחרים שלא כדברי הרשב"א שכת' בפ' הנזקין דאינו אפטרו' אלא במה שהוא מוחזק בידו אבל להוסיף עליו ולתת לו מנכסי יתומי' וכל שכן להוציא מיד אחרים לא וכן מצאתי בשם הריטב"א וכו' אבל בתשוב' מהר"י בנבנשת ומהרימ"ט סי' ל"ז כר' שסברת הרשב"א היא מוסכמת מהכל וכו' הרב כנסת הגדולה אות קנ"ד עיין שם ולא מצאתי בחי' כן אלא אדרבא בתשוב' חלק שני סימן מ"ט כתב וז"ל עוד ביתומים שסמכו אצל בע"ה אם דינו כאפטרופ' לכל דבר ואם יכול לפקח על נכסיו אף על פי שאינם בידו כגון להוציאם מיד אחרי' לווים או נפקידם וכו' תשו' בע"ה שסמכו אצלו יתומים הרי הוא כאפטרופום שמינהו אבי יתומים שכן שנינו בפרק הנזקין יתומים שסמכו אצל בע"ה או שמינו להם אפטרו' חייב לעשר פירותיהם ויכול למכור ולפקח על נכסיהם כאפטרו' שמינהו אבי יתומי' שהרי השוה אותם במתני' וכו' עיין שם הרי שכתב דדינו כאפטרופום שמינהו אבי יתומים ויכול להוציא מיד אחרים והריטב"א בחי' שכתב בשם רבו דאינו מוציא מיד אחרי' נ"ל דהוא הרא"ה רבו וכן כתב הרי"ף בתשו' סימן ק"ם דדינו ככל אפטרופום ויכול למכור קרקעות עיין שם וכן כתב מהר"י ן' מיגש בתשו' סימן קל"ב וסימן קע"ח דיכול למשכן ולמכור עי' שם גם ראיתי למהר"י ן' מיגש בתשו' סימן קפ"ח דס"ל דיכול למכור אלא דאם מצא למשכן ממשכנה מספק ולא למכור עיין שם גם הרשב"ץ חלק שלישי ס"ח כ' דיכול למכור קרקעות עיין שם וכן כתב הרשב"ש בנו בתשו' סוף סימן ן' עיין שם ועיין במהריב"ל חלק רביעי סי' ל"א שהסכים עם הרמ"ה והריב"ש דאינו יכול למכור קרקעות והוא הדין שכירות בתים דהוי כמכר דשכירות ליומיה ממכר הוא עיין שם וכן כתב מהרש"ך חלק שני סימן כ"א וסימן ע"ז עיין שם וכן הסכים ה' פני משה חלק שני סימן ל"ז ותמה על מהרשד"ם שפסק דמכירתו מכירה דהוא הפך הכלל דבכל ספק פלוגתא דרבוותא שקרקע מרא קמא הוא המוחזק עיין שם ואיכא דיש אחרונים דסבירא להו דבפלוגתא דרבוותא מוקמי' הקרק' ביד הלוקח המוחזק בה כמו שפסק מהר"ש יפה הביאו הרב כנסת הגדולה סימן ק"נ ומהרא"ד"ב בס' לחם רב סימן קנ"ד והרב פרח מטה אהרן חלק ראשון סי' כ"ז ע"ש וכן כתב ה' פני משה עצמו חלק שני ס"ו ע"ש :

י"א וי"א שאין משביעין אותו וכולי כ"כ הטור בשם הראב"ד אבל הרי"ף בתשוב' סימן קס"א סבירא ליה דמשביעין אותו עיין שם ודברי הראב"ד בס' תמים דעים בסימן רל"ט דס"א ע"ב וכ' הר"ן שם שכן דעת הרמב"ן והכי מוכח בפרק הכותב עיין שם והיינו מדתנן בפרק הכותב ואם נעשית אפטרו' היורשי' משביעין אותה וכו' דס"ל דמיירי שסמכו היורשי' עליה ומדמי' לה התם דפ"ח לאפטרופום שמינהו אבי יתומים דלר"ש ואבא שאול לא ישבעו וז"ל תלמידי הרשב"א בש"מ שם מהכא שמעי'

שמעי' דיתומים בסמכו אגל בע"ה דינו כאפטרו' שמינהו אבי יתומים ולא ישבע וכולי ורבי' נר"ו הכריע כדעת הראב"ד וכן השיב בתשו' ע"ש וכן כתב הרשב"א בתשו' חלק שני סימן מ"ט וסימן קכ"ז עיין שם אם כן דעת הראב"ד והרמב"ן והרשב"א והר"ן ותלמידי הרשב"א דדינו כמינהו אבי יתומים וכן כתב בעל העיטור דף ע"ג וז"ל ומסתברא מדקתני לה גבי הדדי ש"מ לענין שבועה הרי הוא כאפטרופוס שמינהו אבי יתומים ולא ישבע עכ"ל ועיין בהריב"ש סי' תס"ח הביאו הב"י סי' רל"ה והרשב"ן חלק שני סי' קל"א כתב דנראים דברי האומרים שדינו כדין אפטרו' שמינהו בית דין וכן ראוי להורות עי' שם וכן כתב המבי"ט חלק ראשון סימן ר"א דחייב בפשיעה כמינהו בית דין עיין שם ועיין בתשו' הרדב"ז חלק ג' סימן תמ"ט :

סימן רצ"א

א' דין כ"ז אבל אם התנה וכו' כ' הסמ"ע בשם הרשב"א אם הפקיד אצלו וקבל אחריות סתם הרי זה ש"ש עיין שם וכן כתב הרדב"ז חלק שני סימן תשס"ו וסיים דאפי' קבל עליו להיות כשואל פטור מאונסים גדולים וכל שכן אם מתה מחמת מלאכה וזה ברור ועיין בתשו' הרשב"א חלק שלישי סימן כ"ב ות"ד סימן אבל בעל העיטור בדיני פקדון דמ"ד ע"ב כתב וז"ל וכיון דכ' אחריות בשטר משתמע דלא אמרי' אחריו' פשיעה לחוד הוא דקבל דהא בלא אחריות נמי חייב וקי"ל דמילתא דלא צריך לטפויי אתא הילכך כל חיוב דשמירה קבל אפילו אונס' דלשון אחריות כללא הוא לכל מילי דשמירה כדגרסי' בהמקבל וכו' עיין שם :

ב' כתב המבי"ט חלק שלישי סימן תפ"ז דאפי' א"ל שלא יהא חייב באחריו' משמעותו הוא שאפי' שש"ח פטור מגניבה ואבידה חייב הוא לישבע שבגנב ונאבד ומשבועה זו הוא שא"ל שלא יתחייב באחריו' דהיינו משבו' שחייב עיין שם אבל מהריב"ל חלק ראשון בתשו' בשמעון שקבל פקדון מיד ראובן והתנה שיהא באחריות ראובן כ' דנראה דאינו חייב אפי' בפשיעה דאל"כ ל"ל תנאי פשיטא כיון שלא היה ש"ש אינו חייב בגניבה ואבידה אלא ודאי דבא לפטור עצמו אפי' מפשיעה ואף ע"ג דהג"א בס"פ הפועלים כתב בשם ר' ברוך דש"ח לא מיפטר מפשיעה אפי' התנה ולא מצאתי חולק בזה מכל מקום אין להוציא ממון מחזקתו עיין שם וכבר כתב מהרא"ד"ב בס' לחם רב סימן רכ"ב דלא ראה תשו' מהר"ע שכתב המרדכי סוף פ' האומנים והביאו מרן הב"י סי' ע"ב מז' שחולק על ר' ברוך והיא בתשו' מהר"ט האורוכות סימן רכ"ט עיין שם וכן כתב הרב משנה למלך פ"ב מהל' שכירות עיין שם וכן דעת הר' יהונתן הובא בש"מ ס"פ הפועלי' וז"ל אבל לא קתני להיות פטור מתשלומין כמו דתני בשואל לפי שאין שבות כזה עולה על דעת אדם שיתנה שיהיה פטור מפשיעה דאם כן לא נקרא שומר אלא מזיק וכו' עיין שם משמע דתנאי מהני אלא דלא קתני ליה משום דלא שכיח וזה נראה דעת המבי"ע דאם התנה בפירוש שלא יתחייב בפשיעה תנאו קיים אבל אם א"ל שלא יהא חייב באחריות כיון דפטור מפשיעה לא שכיח דאמרינן דעל השבועה קאמר וכהאי גוונא כת' מהריב"ל שם וכן כתב המבי"ט חלק שלישי סימן ע' אבל מהרא"ד"ב עצמו סי' קפ"ד כתב דיש לחלק בין אומר שלא באחריו' דהוי כא"ל הא ביתא קמך שנסתלק לגמרי ולכך פטור מפשיעה דלא קבל משמירה אבל כשקבל שמירה ואמר על מנת לפטור מפשיעה הוי מתנה להזיק ולא מהני תנאו נגד ד"ת ובזו לא יחלוק מהר"ם על ר' ברוך עיין שם :

סימן ש"ד

א' דין א' המעביר וכו' וכן כ' הרמב"ם וכ' הסמ"ע ולא חילק בנתקל במקום מדרון ומדברי הרי"ף והרא"ש נראה שלא לחלק כדעת הרמב"ם ובדרישה כתבתי טעמייהו עיין שם ובדרישה כת' ראיה לדבריהם דמדמתמה ר"א שלא במקו' מדרון מא"ל ש"מ דר"מ ור"י דפטרי ש"ח איירי אפי' שלא במקום מדרון וקי"ל כוותייהו עיין שם ונראה דס"ל אף על גב דליכא תקנת חכמים בפושע דלא קי"ל כר"מ בהא כמו שהוכיחו הרי"ף והרא"ש עיין שם מכל מקום נתקל לאו פושע הוא אפילו שלא במקום מדרון וכן כ' הרמב"ן בש"מ שם אבל רש"י שכ' גבי הנהו שקולאי וכו' שלא במקו' מדרון ובפשיעה משמע דס"ל דשלא במקו' מדרון הוי פשיעה ובפושע ליכא תקנת חכמי' כדעת הטור וע"ש במהרש"א וכן פסק הריטב"א שם :

סימן שי"ב

א' דין ה' המשכיר וכולי עד שיודיעו וכולי כתב מהרשד"ם סימן רפ"ז כיון דאינו יכול להוציאו בלא זמן אם לא קנו מידו יכול לחזור והביאו הרב כנסת הגדולה הגב"י אות כ"ח עיין שם אבל הר' עדות ביעקב סימן ע"ה השכים דאין צריך קנין ולא זכר דברי מהרשד"ם ע"ש באורך ודבריו נכונים ועי' במהריט"ץ סימן פ"ט :

ב' דין י"א נפל בית המשכיר שהיה דר בו יכול להוציא השוכר מביתו וכולי אבל אם המשכיר מכר הבית או נתנו או הורישו ונפל הבית של הלוקח נראה דאין השני יכול להוציאו עד שיודיעו וכן ראיתי להפרישה שכ' על הטור שכ' אבל אם נתן וכולי דנקט תיבת אבל לומר אפי' נפל הבית לזה שנתן לו כיון דלא נפלה ביתו של משכיר לא עדיף מיניה עיי"ש אבל בס' א"ז בפרק השואל בדקא ע"ב הביא שכ' הריטב"א וז"ל זבניה וכולי ק"ל מאי קמ"ל פשיטא וי"ל דהא נמי אפשיטא דאמרינן מעיקרא קאי ועי"ל דקמ"ל אף על גב דזבניה לצורך מזונותיו כאלו יהביה או הורתיה ומיהו בירושלמי נחלקו בזה דר' אמי אמר לא עלה על דעת וכו' ולפום גמר' דילן הלכה כר' אילא ורבי זעירא וכן בדין אף לפי הירושלמי דהא רבי אמי יחיד הוא לגבי רבים וכן פסק בספר העיטור עכ"ל משמע דס"ל דאם נפל של השני יכול להוציאו דאל"כ אימא דקאי אנפלה וכו' וקמ"ל דאפי' אם נפלה בית המשכיר יכול להוציאו אבל אם מכרה ונפל בית הלוקח אינו יכול להוציאו אלא משמע דס"ל דה"נ אם נפל בית הלוקח יכול להוציאו גם מדברי הריטב"א משמע דמכרו למזונות דאין יכול להוציאו אפילו בשוכר סתם דלא קבע לו זמן :

ג' דין י"ג מכר הבית וכולי וכ"ש אם היה ממושכן אצלו ומכרו דאין הלוקח יכול להוציאו אבל המכירה אינה מתבטלת הרשב"ם סימן תל"ט עיין שם :

ד' דין י"ז ואפילו השוכר אומר אבננו משלי וכולי והרדב"ז בתשו' חלק שלישי סימן תרכ"ג כתב ומסתברא דהוא הדין במשכיר בית זה ונפל וחזר ובנאו נתבטל השכירות ויכול לסלקו דאין זה הבית הא' אבל

אבל אם לא נפל לגמרי אלא שנתרועע ככ"ד שלא היה יכול לדור בו ותקנו לא נתבטל השכירות וכו' ואפי' אם אמר השוכר אני אבננו משלי ואדור בו עד שיושלם זמן השכירות אם יכול לעכב עליו אם דמיא למדור האלמנה שנפל ואמרה אני אבננו משלי אין שומעין לה ומסתברא לי שאין יכול לעכב עליו מלבנותו וכו' ומעלה לו שכירו' עד זמן שקבלו עמו ואינו מנכה לו כלום וכופין על מדה זו כיון שנשתעבד קרקע הבית לכל זמן השכירות ע"ש :

ה' דין י"ח יורד ודר בבית וכו' מסתבר' דאם הבית לר מאד וא"א לדור השוכר נדחה הרדב"ז חלק שני סימן ד' עיין שם :

ו' כתב הרשב"ץ חלק שלישי סימן רכ"ו על ממונה על הקדש השכיר בית של הקדש לא' בסך ידוע ובא אחר והוסיף עליו וכו' יד ההקדש על העליונה ואם המוסיף רוצה לעמוד בדיבורו כופין הגורע ממנו לצאת הבית ואם אינו רוצה לעמוד בדיבורו ממשכנין אותו בא[ו]תו תוספת וישאר הא' בביתו ולא יפסיד ההקדש ע"ש :

סימן שט"ז

א' דין א' כתב הרמב"ם בפ"ה מה' שכירות וז"ל מכאן אני אומר המשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו משכיר לאחרים וכו' וכן א"א אם אמר בע"ה לשוכר למה תטרח ותשכיר ביתי לאחרי' אם לא תרצה לעמוד בו הניחו ואתה פטור משכירותו אינו יכול להשכירו לאחר כלל שזה בעל תמנע טוב מבעליו וכו' והביאו הטור וכ' הפרישה נראה דר"ל כמו שהשוכר רשאי להשכיר קרקע משום שזה נהנה וזה לא חסר משום אל תמנע טוב כן להפך שאם המשכיר שאל ממנו שיניחנו לו צריך השוכר למלאות רצונו מה"ט ושניהם למדו מדין ספינה דאמרינן בה שאינו יכול למנוע טוב ממנו להשכירו לאחר כדי שלא יפסיד השוכר ליתן השכירות להמשכיר ואין הספינה צ"ל עוד וכולי ע"ש וכתב מהרשד"ם סימן רל"ה וסימן תע"ו דאם כבר השכיר לאחר זכה ואינו יכול לסלקו כ"כ הגמ"יי בשם מהר"ם והיא בתשו' מהר"ם הארוכות סימן תר"ף וז"ל ועוד יש להביא ראיה מהא דתנן בערכין פ' המוכר שדהו מכרה לא' במנה והא' מכרה לשני במאתי' וכולי וכל מוכר שדהו בשעה שהיובל נוהג אינו אלא כשכירות בעלמא הואיל וסופו לחזור ביובל ואפ"ה ראינו שיש רשות לא' למוכרה לשני בלא רשות הבעלי' וכולי ול"ל נמי דאיירי בעבד איסור ומכרו לאחר דאטו ברשיעי איירי קרא ועוד את"ל דאיכא איסורא מ"מ שמעי' מהתם דאם מכרה לאחר בלא דעת בעלים דמה שעשה עשוי ואין הבעלים יכולים למחות אח"ך ולבטל את המכירה דאלת"ה וכולי עש"ב הרי דאפילו אין לו רשות למכור לאחרים בלא דעת בעלים אם עבר ומכר אין הבעלים יכולים לבטל וכה"ג אמרי' בפ' י"כ ומבואר בסי' רמ"ח האומר נכסי לך ואחריך לפ' דאסור לא' למכור או ליתן הגוף אלא אוכל פירות עד שימות ויזכה השני ואם עבר הא' ומכרם או נתן אין השני מוציא מיד הלקוחות וכולי ע"ש והכא נמי אפילו בעל הבית אמר לשוכר אל תטרח ותשכיר לאחרים הניחו לי ואתה פטור משכירותו ואינו יכול להשכירו משום אל תמנע טוב מבעליו אם עבר והשכירו לאחר מה שעשה עשוי מיהו נראה דוקא השוכר לזמן קצוב משום דהוי כמכר יכול להשכיר לאחר אבל השוכר סתם לא (א"ה עכ"מ) :

ב' ואם אמר המשכיר למה תטרח וכו' הרמב"ם סיים שזה בעל תמנע טוב מבעליו וכת' הפרישה נראה דאם האחר רוצה ליתן לו תוספת בשכירות ממה ששוכרו הוא שאינו יכול לומר לא והניחו וכולי אם לא שהמשכיר ירצה ליתן לו גם כן אותו הריוח עיין שם וכן דקדק מהרשד"ם סימן של"ה וסימן תע"ו מל' הרמב"ם עיין שם וי"ל אם עבר השוכר ושכרו לאחר והמשכיר משכירו לאחר בתוספת שכירות ממה ששכרו השוכר דל"ל דהא דהשוכר יכול להשכיר משום שזה נהנה וזה לא חסר ואל תמנע טוב מבעליו ואם כן אם המשכיר השכירו לאחר בתוספת שכירות והשוכר עבר ושכרו לאחר כפי מה ששכרו הוא בטל דהרי המשכיר חסר ואדרבא אל תמנע טוב מבעליו הריוח שיש לו :

ג' שמעון ששכר בית מראובן וראובן מכר הבית לאחר כ' הרדב"ז בתשו' ס"ג סי' תר"ד אם השכירו לזמן קצוב אין הקונה יכול להוציאו דשכירות ממכר ליומיה ובהגיע זמנו הרי היא מכורה ועומדת ויצא מיד ואם אין השכירות לזמן קצוב אלא סתם אין הקונה יכול להוציאו עד י"ב חדש שצריך להודיעו יב"ח קודם ואם אין הקונה רוצה לקנות אלא ע"מ שיצא זה מן הבית אם המוכר עני ודחוק למעות כגון שיש עליו חובות גוים או שאין לו מה יאכל מוציאין אותו שאינו בדין שזה ישאל על הפתחים או ימסר ביד גוים שאין מרחמין עליו וזה ידור בבית ע"ש וכר' דוקא שיש עליו חובות גוים שאין מרחמי' עליו אבל אם היו עליו חובות ישראלים לא יוכל להוציא השוכר ואפי' היו עליו חובות לגוים או שאין לו מה יאכל ה"ד אם אין השכירות לזמן קצוב אלא סתם מוציאין אותו אבל אם היה שכירות לזמן קצוב פשיטא (א"ה עכ"מ והדבר מובן) :

ד' כתב הנ"י בפ' כילד הרגל וז"ל ועוד אני אומר היכא שהמשכיר שכרה מבעל בזול והוא שכרה ביוקר ניחזי אנן אם לא היה רשאי לשוכרה לאחר כגון שהיו מרובין בני ביתו של זה האחר שורת הדין נותנת שיתן מותר השכירות שהרויח לבע"ה דאיך יעשה זו סחורה בביתו של חבירו כדאמרי' בפ' המפקיד דקי"ל כר"י וכו' ומיהו אם רשאי לשוכרה כגון שהנהגה עמו או שלא היו בני ביתו של זה האחר אשר שכרה לו מרובים ממנו נראה שהריות למשכיר זה וכולי וכיון שהדין נותן שיכול להשכירה כדאמרינן נוח נשאר עליו שיערער אי מבום שקשה עליו מה שמרויח זה וכי מי לא עסיקי' וכו' ועוד דזה נהנה וזה לא חסר ול"ד לפרה דר"י שאין השוכר רשאי להשכיר וכ"ש להשאיל עכ"ל ולכאורה ק' כיון דהכא משום דזה נהנה וזה לא חסר אם כן גבי פרה אפילו היה רשאי להשאילה סבר ר"י דתחזור לבעלים משום דמפסיד וכן כת' בס' א"ז למליצא שם בשם הרמ"ך וז"ל משלם השואל לבעל הפרה ולא לשוכר שאינו בדין שיהא זה עושה סחורה בפרתו של חבירו ויהא זה משתכר בשל משכיר והמשכיר מפסיד וכולי עיין שם ועוד בגמרא התם מוקמי' מתני' בנתן לו רשות להשאיל ואפ"ה אר"י היאך הלה עושה סחורה וכו' וכבר תמה כן הרב מחנה אפרים הלכות שכירות סימן י"ט עיין שם ואפשר דסבירא ליה דהיינו דוקא לאביי דפרכי' ממתני' דאמאי ישבע השוכר שמתה כדרכה לימא אין רצוני שיהא פקודני ביד אחר ומשני הכא במ"ע כשנתן לו הבעלי' רשות להשאיל אבל לרבא דקי"ל כוותיה דאמר טעמא דשומר שמסר לשומר דחייב דא"ל את מהימן לי בשבועה אידך לא מהימן לי איתא מתני' כפשטא ועיין בהסמ"ע

בהכמ"ע סימן ש"ז שכ"ה' והשאילה לאחר פירוש אם עבר וכולי והרב שפתי כהן כתב דאין לריך דמיירי בשנתן לו רשות להשאיל והכי איתא בש"ס עיין שם וכבר הרב פנים מאירות חלק ראשון סימן ע"ב דהיינו דוקא לאביי אבל לרבא נותני' כפשטא דלא נתן לו רשות להשאיל עיין שם באורך :

סימן של"ט

א' דין ח' עבר זמנו אין בע"ה עובר וכו' והשוכר בע"ש ונדחה מלפרוע השכר בשביל השבת יש לדון בזה שאינו עובר עוד בשל תורה הואיל ואדחי אדחי ה' החינוך פ' תנא סי' תקכ"א עיין שם :

תם ונשלם שבח לאל בורא עולם

חשן משפט חלק שלישי

מספר ערך השלחן ח"מ ח"א וח"ב וח"ג

סימן א'

דין א' כמו שמודה בקנס פטור והוא הדין בהוחזק כפרן כגון שכפר ובאו עדים לא מחייב אע"ג דהוחזק כפרן לפי שבפשיטותו מתחייב ואין אדם משלם קנס ע"פ עצמו אבל אם כבר חייב עצמו בבית דין אם יבאו עדים אף בקנס חייב הר"ן והריטב"א בחי' בפרק שבועת העדות עיין שם :

סימן ד'

דין א' אפי' הוא דבר שאין בו הפסד ואם הוא ת"ח יכול לנדות דלא ניית לדינא וכ"ש אם איכא פסידא הרשב"ץ חלק שני סימן רל"א עיין שם ועי' בס' שבות יעקב בדיני ק"ל בפסיקא ב' :

סימן ה'

א' דין ב' וגומרין בלילה פי' שיסכימו במו"מ שלהם ביום ואם ירצו לחזור למו"מ בלילה סמוך לגמר דין עושין וכן עיקר וי"א שאין מו"מ בלילה ה' המאירי:

ב' דין ה' משיתחילו בע"ד לטעון וכולי אפילו לא התחילו רק א' מהם לטעון הר' המאירי בפרק קמא דשבת עיין שם :

סימן ז'

א' דין ה' כגון אם העיד א' וכו' שני עדים בלא הוא אפי' כבר העיד עדותו יכול להצטרף עם הדיינים רב' ישעיה הא' בספר המכריע סימן כ"ה עיין שם :

ב' דין ט' כל הפסולים וכולי והוא הדין אם נמצא א' מהדיינים קרוב או פסול אפילו היו מאה בטל כל הוועד מהרש"ך ומהרח"ש חא"ה סי' י"ח וי"ט עיין שם :

סימן ח'

א' דין א' כל המעמיד דיין שאינו הגון וכולי אם דיין קבוע אין ראוי לנו להעמיד דיין שאינו הגון לפי שהוא כנוטע אשרה בישראל ואם אין דיין קבוע אלא שאין דן לפניו אלא מי שקיבל אותו על דרך הברירה אין לנו לעכב בזה תשו' מהר"י ן' מיגש סי' ק"ד ועי' בתשו' הרשב"א סימן תקל"ג :

ב' הג"ה ואסור להעמיד ע"ה דיין וכולי והרשב"ץ חלק ראשון סימן קנ"ט כ' דיכולים הצבור להעמיד דיין ע"ה אם יסתפק ישאל לחכם עיין שם :

ג' וכן כל צבור יכולי' לקבלו וכו' כ"כ הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י והיא בתשו' חלק שלישי סי' קל"ח עיין שם :

ד' דין ד' אסור לו לעשות מלאכה בפני ג' וכולי ומלאכת מצוה וכל דבר שבקדושה שרי ה' חוות יאיר סימן כ"ה וכן הוכיח ה' באר יעקב ע"ש :

ה' דין ה' והמצערו וכו' היינו דוקא כשיש עדי' אבל הוא אינו נאמן להכותו על פיו הסמ"ע וכן הסכים הרב כנסת הגדולה עיין שם הטעם :

סימן ט'

א' דין ה' הנוטל שכר לדון וכולי וכן הנוטל שכר להעיד וכתב הרשב"א בתשו' חלק שלישי סי"א והובא בב"י סימן כ"ח מחו' ד' וז"ל שלא אמרו אלא בעדים שנעשו עדים כבר שהם מצווים להעיד ולא רצו להעיד עד שנטלו שכר דומיא שנטל שכר לדון מצוה על ב"ד לדון בין איש לרעהו אבל מי שאינו חייב להעיד ונוטל שכר לילך ולהיות עד אינו בדין זה ופסקה מור"ם סימן ל"ד ס"ח עיין שם ובב"י אה"ע סי' ק"ל כ' בסדר הגט דמרדכי בשם א"ז שלא יטלו עדי הגט שכר אא"כ שכר בטלה דמוכח כדאיתא בפרק שני דייני גזירות גבי קרנא דכי היכי דנוטל שכר לדון דיניו בטלים הוא הדין לעדים וכ"כ בקונדריסים עכ"ל ולכאורה נר' דס"ל דאפי' דנוטל שכר להיות עד עדותו בטילה וכן כ' ה' המאירי בחי' לסנהדרין דכ"ו וז"ל ונטילת שכר שבעדות י"מ בין שנוטל בשעה שמזמנים אותו לקבל את העדות בין שכבר קבלו ונטל השכר בשעה שמזקיקים אותו לבא לבית דין להעיד ומ"מ גדולי הדור מסכימים דוקא בזה האחרונה הואיל ומצוה עליו להעיד אבל בראשונה עדותו קיימת והואיל אין מוטל עליו להזמין עצמו לראות המעשה וכו' עיין שם הרי די"מ סבירא להו דאפילו נוטל שכר להזמין עצמו לראות המעשה עדותו בטלה אך ק' על מרן אה"ע בסימן ק"ל סכ"א שכתב לא יטלו עדי הגט שכר יותר מכדי שכר בטלה וכתב מור"ם וי"א דמתנים על העדים שאם יקלקלו הגט שישלמו אותו ומכח זה מותר לקבל שכר הרבה או מטעם דהעדים אסורי' לישא האשה עי' שם והא מותר ליטול שכר להיות עד וכ"כ התיו"ט בפ"ד דבכורות עיין שם :

ושוב ראיתי להרב עדות ביעקב סימן ע"ל שכ' מ"ש הרשב"ץ וז"ל ויש ליזהר בדבר כי אמאי נאמן הסופר והלא הוא נוגע בעדות דנוטל שכר מן הגט וכ"ל כשאינו נוטל שכר כי אם מעט שכר בטלה ס"ל דמותר ליטול שכר להזמין עצמו להיות עד אלא דהיינו דוקא כדי טורחו אבל נוטל יותר מדאי נוגע בעדות הוא וחיישינן דילמא משקר כדי להרוויח עיין שם באורך וא"כ מ"ש הרשב"ץ ומרן שכר בטלה היינו שכר טורחו וכ"כ מהריב"ל חלק ראשון דהא דאמרינן הנוטל שכר להעיד דאינו פסול אלא מדרבנן היינו כשנוטל שכר טורחו אבל כשנוט' יותר מדאי חיישינן דילמא משקר כדי להרוויח ופסול מדאורייתא' וכו' ונסתפק באחד ששלחו אותו לעיר אחרת לחפש אם ימצא איזה עדות להתיר אשה עגונה ועשו תנאי עמו שאם יביא עדות להתיר האשה יתנו לו שני אלפים וכו' אם סמכינן על עדות אותו השליח כיון שהוא נוגע בעדו' וכתב מהרח"ש חא"ה דף ד' ע"ד וז"ל וא"ל על הרב מדכ' הרשב"א דמי שאינו מחוייב להעיד ונוטל שכר לילך להיות עד מותר דלק' דהרשב"א עלה דהנוטל שכר להעיד

דמיירי

דמיירי בנוטל שכר טורחו אבל כשנוטל יותר מדאי דאיכא למיחש דילמא משקר ודאי דאין חי׳ דאפילו נוטל כדי לילך ולהפסד חיישי׳ דילמא משקר כדי להרוויח ע״ש אבל א״ז שכ׳ אא״כ שכר בטלה דמוכח כדאמרינן גבי קרנא וכו׳ משמע אפי׳ להיות עד אסור ליטול שכר דהא אפי׳ יש לו עדות מותר ליטול שכר בטלה דמוכח דלדעת הרשב״א והר׳ המאירי אפילו שכר בטלה דלא מוכח מותר ליטול כדי להיות עד ואפשר דלכך כתב מרן שכר בטלה סתם והשמיט מלת דמוכח שכתב א״ז :

ב׳ דינין בטלים וכו׳ נ״ע אם פסק עמו שכר קודם הדין אבל נראה דמכוער כמו בבטלה דלא מוכח הרשב״ץ חלק ראשון סימן קמ״ה עיין שם :

ג׳ אסור וכולי כתב הסמ״ע בתשוב׳ הרא״ש משמע דגם בכה״ג דיניו בטלים עיין שם ובדרישה מסיק דכל שאפשר שהיה מזדמן לו ריוח אסור ליטול ואם נטל דיניו דין והרא״ש מודה עיין שם ועיין בהב״ח :

סימן י״ז

א׳ דין ה׳ אסור לדיין לשמוע וכולי אבל אם שמע מותר מהריב״ל ומהרשד״ם והרב שפתי כהן ועיין במהרימ״ט חח״מ סי׳ ע״ט וכן הוכיח מהר״ש בן חסון בספר בית שלמה סימן כ״ט עיין שם :

ב׳ דין ח׳ לא יאמר לו אין מחייבין ממון ע״פ עד אחד וכו׳ ועיין בתשוב׳ הרשב״ץ חלק א׳ סימן ע״ז עיין שם הטעם :

ג׳ דין ט׳ כל הפסולים וכו׳ והוא הדין אם נמצא א׳ מהדיינים קרוב או פסול אפי׳ היה מאה בטל כל הוועד מהרש״ך ומהרח״ש חא״ה סימן י״ח וסי׳ י״ט עיין שם :

סימן כ״ג

דין א׳ נאמן וכו׳ בפנים כתבתי דברי הרדב״ז חלק שני סימן תל״ג עיין שם ועיין בהרדב״ז חלק שלישי סימן תקי״ח שכתב דתנאי שבין בעלי דינין לא אמרי׳ דנאמנים הדיינים יותר טפי מן העדים ודקדק כן מתשו׳ הרא״ש עיין שם :

סימן כ״ח

א׳ דין א׳ וחייב בדיני שמים וכולי אפילו אין זה טוען ברי אלא ע״פ העד חייב דקיימא לן כדעת רוב הפוסקים דחייב שבועה דאורייתא אם היה מעיד לו ואם כן חייב להעיד ואפילו העד אינו במקום ב״ד של בע״ד יכול לשלוח עדותו בכתב ולחייבו שבועה ואם לא עשה כן עבר באם לא יגיד מהראנ״ח חלק ב׳ סי׳ ל״ג עיין שם ולכאורה נר׳ דס״ל דלדעת ר״ת בעדו׳ איסור נמי כותבי׳ העדות ושולחין לבית דין אבל מור״ם בתשו׳ סי׳ י״ב ומהר״ם אלשיך שכת׳ דר״ת בממון דוקא קאמר ולא באיסור עיין שם ואפשר דה״ד שנים דמחייבו ממון אבל ע״א דאינו מחייב ממון רק שבועה לא דשבו׳ הוי כאיסור :

ב׳ דין יו״ד אלא אם כן הלך למדינת הים וכולי וז״ל ראב״ן דף קי״ג ע״ד וכבר היה מעשה במגנצ״א בשטר של קבלת עדות שבא לפני ב״ד והיה כתוב בו עדות של הא׳ ועדות של הב׳ לא היה מפורש בו אלא והשני כמוהו והכשירוהו מדר״ל ולי נרא׳ כיון דעבוד רבנן מעלה לפרש דצריך לפרש ואי לא פריש לאו עדות מדר״ל והכא בברכת ה׳ כיון דלא אפ׳ אוקמוה רבנן אדאורייתא אבל היכא דצריך לפרש כגון בדיני ממונו׳ ונפשות אי לא פריש לאו כלום הוא ולא גמרי׳ אפשר משאי אפ׳ :

ג׳ דין ט״ו ואם קבלו אין דנים ע״פ וכו׳ ה״ד לדון ע״פ אותו עדות לכתחילה אבל אם כבר נפסק הדין ע״פ אותו עדות עדותם קיימת מהר״ם מפדוואה סי׳ והסכי׳ עמו הכנה״ג בתשו׳ חלק ראשון סי׳ ד׳ ומהרש״ג בס׳ משפטי׳ ישרים סימן כ״ד עיין שם :

ד׳ דין י״ח אבל אם הביא עדים לפטור את עצמו מקבלין וכו׳ בת״א הוכחתי מדברי האחרוני׳ דאפילו במלוה בשטר להפקיע שעבוד המלוה מקבלי׳ עדות אפילו שלא בפניו עש״ב וכן דעת מהר״י באסן בתשו׳ סי׳ ע״ג עיין שם וא״ל מדכת׳ הרשב״א ופסקו מרן בסי׳ ק״ח סי״ו ואפילו אתקיים השטר בחותמיו וכו׳ לפי שאין מקבלין עדות וכו׳ וי״א דמקבלין אפי׳ נגד השטר אמאי אין מקבלין לקיים השובר להחזיק דהא בלא״ה קי״ל דמקיימי׳ השטר אפי׳ שלא בפני בע״ד ואפ״ה התם אין מקבלין משום דאיכא ריעותא עיין שם בהש״ך ס״ק ל״ב וא״כ א״ל דמעלמא מקבלין עדות אפילו נגד השטר התם שאני דאיכא ריעותא ואפי׳ להחזיק ולקיים החתימו׳ אין מקיימי׳ :

ה׳ דין י״ט אין מקבלין עדות על קטן וכולי ה״ד אם מוחזקים בנכסי מורישם בודאי וגם יורשי׳ ודאי אין מקבלין עדות כנגדם כיון שהם מוחזקי׳ בנכסים שהם שלהם בודאי אבל בספק דשמא אין זכות ליתומי׳ מקבלין העדות מהרש״ג בתשו׳ סס״י כ״ד ע״ש :

ו׳ דין כ״א קבלת עדות צריך ג׳ מומחי׳ וכו׳ יחיד מומחה לרבים שיכול לדון מבואר בתשו׳ הרשב״א המיוחסות סי׳ קי״ב דיכול לקבל העדות ביחיד עש״ב והרשב״ץ חלק ראשון סס״י א׳ כ׳ וז״ל ואפי׳ ביחיד מומחה שקבל עדות אין הדבר פשוט כ״כ שיהא עדות אע״פ שדיניו דין דלא עדיף עדות מהודאת בע״ד וכבר כ׳ הרמב״ם בפ״ה מה׳ סנהדרין שהודאת בע״ד בעי׳ בפני ג׳ ולא סגי ביחיד מומחה ונראה ממ״ש בפ״ב דכתובו׳ ורפוי מירפא בידי אם קבלת עדות אפשר ביחיד מומחה או לא וכולי עיין שם :

ז׳ דין כ״ד ואם קבלוהו בלילה וכו׳ וכ״כ הגאונים בתשו׳ סי׳ שפ״ט ע״ש :

סימן כ״ט

א׳ דין א׳ הג״ה ואפי׳ אמרו אין אנו יודעי׳ וכו׳ אבל מהרב״א סי׳ ה׳ ומהרמ״א סימן ק״ד ומהר״ש בן חסון בספר משפטים ישרים סי׳ פ״ג הוכיחו דרש״י והרמב״ם והרשב״א והרא״ש ס״ל דאם אמר אין אנו יודעים שוב אין חוזרים ומגידים ולא נניח ודאי של אלו מפני ספיקו של הר״ן שכתב בלשון קרוב אני לומר שאינו חשוב חוזר ומגיד וכולי עש״ב :

ב׳ והוא לאחר כדי דבור וכולי עיין במהרח״ש חא״ה סימן י״ח וסימן י״ט אם חזר אחר האיום שא״ל הדיינים מקרי תוך כדי דבור :

סימן ל״ב

א׳ דין ב׳ פטור מידני אדם וכו׳ מיהו אם היה דיין קבוע

קבוע בעיר ונראה לו לעונשו על כך עושה וכו' ובתנאי שתהיה השעה צריכה לכך כגון אם השוכר עשה כן מקודם בפועל כזה פעמים או שהיה במדינה שעושים פועל כזה שיש לחוש שאם יתרשלו מלעונשם ע"ז שירבו לעשות כיוצא בו תשו' מהר"י ן' מיגש בתשו' סי' קס"א ע"ש :

ב' הג"ה אבל אם שכר עדי שקר לעצמו וכו' וכ"כ מהר"י בן מיגש בתשו' סי' קס"א ע"ש :

סימן ל"ד

א' כתב מהרש"ל בפ"ט דב"ק סי' מ"ז וז"ל ומכל מקום דוקא כשנשבע לשקר אבל כשנשבע על החוב לשלם על הזמן הקבוע בשטר ועבר וטען אנוס הייתי שלא היה במה לשלם אם לא נוכל לברר שהיה לו וכו' אינו פסול לעדות ולשבועה אף שעבר על שבועתו וכן נמצא בשם הרשב"א בתשו' וכן אם טען שכחתי ואין כאן עדים שהזכיר המלוה על הזמן אין להוציאו מחזקתו עכ"ל ונראה דס"ל דאפי' בשבועה דלהבא אם לא טען שהיה אנוס או שכח נפסל לעדות ולשבועה אבל אם טען שהיה אנוס או שכח נאמן ויש להביא ראיה מתשו' הרשב"א ח"ב סי' ש' והביאה מרן הב"י סי' ע"ה (א"ה עכ"מ) :

ב' תובע שאמר לפני בית דין שאין לו עוד תביעה על הנתבע ואח"ז אמר ששכח לטעון איזה תביעה אינו נאמן לומ' שכחתי ה' שבות יעקב ח"ב סי' קמ"ח עיין שם :

דין ח"י דיין שדן כבר וכו' עיין בהסמע ולה' בית יעקב סימן קכ"ח :

סימן ל"ה

דין י"ד הג"ה או בשאר דבר אקראי וכו' בח"א בהשמטות כתבתי דמדברי הרמב"ם משמע בנזקי דאדם בחדם דלא שכיחי אינם כשירים וכן מבואר בהרמב"ם בפי' המשנה פ"ק דב"ק וכבר מרן הב"י הביא דברי הרמב"ם ותשו' הרשב"א ודחה דברי מהרי"ק ותה"ד מהלכה וכו' דעתו דבכל ענין כל הפסולי' כמאן דליתנהו ע"ש וכן הסכים מהרח"ש ח"א סימן כ"ח וכת' ואין ספק אלו ראה התה"ד תשו' הרשב"א לא היה חולק להוציא ממון עיין שם אבל הרדב"ז בתשובות חלק שני סימן שס"ו תי' נהי דרגילות להמצא בארוות הסוסים וברפתי הבקר עבדים ידועים מ"מ אינו מן הנמנע שלא ימצאו כשירים לעדות ומש"ה העמידו אותו על ד"ת אבל בכ"ד בעדות מלבוש האשה לעולם לא ימצא איש מעיד על זה שהוא מעיד על עצמו שעבר אדרבנן שאסרו להסתכל בבגדי אשה אפי' כשאין עליה וכ"ש בזמן שהם עליה לכן ראוי להשכיר עדות נשים והביא ראיה מדאמרי' ג' נאמנים על הבכור חיה לאלתר וכולי אלמא בדבר שהאשה רגילה לידע ולא האיש נאמנת אפי' להוציא ממון דבכור נוטל פ"ב בעדותה ע"ש :

סימן ל"ז

דין א' וקנו מידו שנתנו לשותף וכולי ואף על גב דכל שאינו יכול להוציאו בדיינים אפי' קרקע אין בידו להקדישו והוא הדין שאין בידו להקנותו הכא עם ההקנאה נמצא הקונה יכול להוציאו בדייני' דהא אית ליה סהדי עליה בתר הכי עליות הר"י בס' א"ז ע"ש ונראה דה"ד אם הקרקע ברשות הגזלן דאין הבעלי' יכולי' להקדש ולהקנותו משום השתא אינו ברשותו אבל הכא דהקרק' ברשות השותפין ובא אחר להוציאו אפי' במטלטלי' כה"ג שהם ברשות בעלים ובא אחר להוציאו כיון דהשתא הוא ברשותו ויש להם עדים להעמידו בידם יכולי' להקדישו דדוקא אם הוא ברשות הגנב והגזלן אפי' יש לבעלי' עדים ויכולים להוציאו בדיינים כיון דהשתא דאינו ברשותו אין בידו להקדישו אבל כשהוא ברשותו ויש לו עדים להחזיקו ביה אמאי אינו יכול להקנותו אך ק' דאם כן מאי פריך התם מדתניא עיר שנגנב ס"ת שלהם אין דנים וכולי ואמאי ליסלקו תרי מנייהו ולידיינהו וכתב רשב"ם יכתבו דין ודברים אין לי על ס"ת זה ויקנו מידם ע"ש והא במטלטלי' אפילו יש עדים שיכולי' להוציאו בדיינים אין יכולין להקנותן כמבואר בסס"י שכ"ד ע"ש והכא נמי כיון שהס"ת ברשות הגנב אין א' מבני העיר יכול להקנותו ולכאורה נראה דיכול להקנותו בלשון חוב כדקי"ל בסי' ס' ס"ו דהמחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם או שאין מלוי אללו כגון שאמר הוו עלי עדים שאני מתחייב לפ' בכו"ך וקנו מידו חייב ע"ש וא"כ הכא נמי יכול להסתלק בלשון חוב אבל יש להסתפק דהא לא נקנו הנכסי' למקבל והחיוב לא חל אלא על גופו לכשיבאו לרשותו להקנות לו בא' מדרכי הקנייה ואם כן בשעת העדות עדיין הם שלו ונוגע בעדות (א"ה עכ"מ) :

סימן ט"ל

דין א' אפי' לא כ' אחריות וכולי כתב מרן הב"י כ' הרשב"א אע"פ שאין ל' השטר מוכיח ע"ז אם הוא מודה שאף ע"ז קבל אחריות חייב וכ' הכנה"ג הגב"י אות ב' דאם אינו חב לאחרים פשיטא ואם כשחב לאחרים א"ל אמאי נאמן הא אמרי' בפ"ב דכתובו' דמלוה שאמר על שטר שבידו אמנה או פרוע אינו נאמן וי"ל דהמלוה שאני שאין כאן תובע אבל לוה שיש כאן תובע המלוה שאומר שאף ע"ז קבל אחריות והוא מודה נאמן אף במקום שחב לאחרים ואינו מחוור דשמא קנוניא עשו ביניהם ע"ש והרמב"ם בפ"ב מה' מלוה כ' וז"ל וכן מי שיש עליו שט"ח והודה לאחר מעצמו בחוב אחר אם אין בנכסים כדי שיגבו שניהם בעל השטר שלא יעשו קנוניא על שטרו של זה וכתב מרן הכ"מ שם דה"ד שהודה מעצמו אבל אם תבעו תחלה והודה נאמן ע"ש ומצאתי לרמב"ן בסי' ס"ד גבי המקדש בעד אחד וכו' שכ' וז"ל אע"ג דילפי' ממונא ובממון הודאת בע"ד כמאה עדים הכא לאו הודאה לישווגהו קידושין כדמסיק לקמן דבהודאת ממון לא מפסיד לשום אדם אלא לעצמו הילכך כי מחייב לעצמו מחייב אבל הכא דמפסיד לאחרים בהודאתו ואוסרה עליהם לאו הודאה היא לגבייהו אלא עדות ועוד רבותא אחריתי אע"ג דשניהם מודים ובידו לקדשה עתה ואמרי' בר"פ האשה רבה כל שבידו נאמן הכא לא מהימן וכו' ושמעי' א' מפסיד לאחרים בהודאתו דלא הויא הודאה כגון ראובן שלוה משמעון בעדים ואין לו לראובן ממון אלא שוה חובו של שמעון ואח"ך תבעו לוי לראובן ותבעו ממון בלא עדים מוקדם מהלואת שמעון והודה לו ראובן דמפסיד לשמעו' בהודאתו לאו הודאה היא וכולי עכ"ל הרי דאפילו המלוה תבעו בב"ד והלוה הודה לו אין הודאתו כלום לחוב לשמעון ומשמע אפי' אין לו לשמעון שט"ח רק עדי הלואה וקי"ל המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים ואם טען הלוה פרעתי נאמן

כיון

כיון דבהודאת לוי אין לו עדים על עיקר ההלואה אע"פ ששמעון הודה לו אין הודאתו כלום לחוב שיש לו חוב בעדים וכן כתב המ"מ על הרמב"ם שכ' הודה לאחר בחוב אחר וכו' כשאין שם עדי הלואה וכו' משמע דאם יש עדי הלואה אע"ג דיכול לומר פרעתי כיון שהודה לו דוחה אף מלוה בשטר המאוחר ונראה דס"ל דלא חיישי' לקנוניא אלא דוקא כשיש ספק בהלואה אבל כל שיש עדי הלואה כיון דהרי בחובת אפי' יכול לומר פרעתי אין טוענין' לבטל השטר שמא פרע אבל הש"ך סי' ל"ט סק"ג כ' דל"ד דה"ה כשיש שם עדי הלואה והלוהו סתם שיכול לומ' פרעתי לאפוקי אם הלואה תוך זמנו או שא"ל אל תפרעני אלא בעדים ע"ש :

דין י"ז יכול לחזור בו עיין לה' קול אליהו חלק שני סימן ג' שהביא ראיה לדברי הרמב"ן דאינו יכול לחזור בו מאותה ששנינו בפ' ואלו מגלחין אין כותבין שט"ח במועד ואם אינו מאמינו מותר וא"א דמלי למיהדר ביה המלוה היאך התירו אם אינו מאמינו ניחוש דילמא כי הדר אתי השט"ח בידו הדר ביה אלא ודאי דלא מצי הדר ביה עכ"ד ואינה ראיה דבפסחים דף ל"א תנן מי שהבטיחוהו להוציאו מבית האסורי' אין שוחטין עליו בפני עצמו ואמרי' בגמרא ל"ש אלא בית האסורים דגוים אבל בית האסורים דישראל שוחטין עליו בפני עצמו כיון דאבטיחוהו מפיקי ליה דכתיב שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ע"ש וה"נ כיון דאבטח ליה מותר לכתוב משום שארית ישראל וכולי :

סימן מ"א

א' דין ג' ואפי' נאבד בעדים וכו' הכנה"ג אות ד' כתב הרא"ש בתשו' כלל ס"ח סי' ל"א כ' דהא דאין כותבין בשטרי ההלואה היינו כשאינו ידוע לעדי' אבל כשידוע לעדים שאבד כותבין לו שטר אחר כמו בשטרי מו"מ וכו' הרי דאפי' שטרי ההלואה כשאבד בעדי' כותבי' אלא שיש לחלק בין שהשטר יוצא מידי המלוה ליוצא מיד אחר והיא דכלל ס"ח יש להעמידה כשהשטר יוצא מיד אחר עיין שם ואין צריך שהרי הרא"ש בתשו' כלל ל"ד כתב וז"ל ורשב"ם דקדק מל' הברייתא דקתני מי שבא ואמר אבד שט"ח דמשמע ע"פ דבורו אין כותבין הא אם יש עדים כותבין ולפי הדקדוק יש לפרש מאי אבד אבד באור כדהוה בעי למימר בפ"ב דכתובות אי לאו דפריך לאו היינו נשרפה וכו' עיין שם אם כן ברייתא איירי בנשרף או נקרע וז"ל הרא"ש כלל ס"ח ולא מבעיא זה שנכתב בטעות אלא אפי' נכתב כדין ובא ליד המלוה וידעו העדים שנקרע או נשרף ולא נפרע כותבין למלוה שטר אחר כדאיתא בפ' ג"פ ת"ר מי שבא ואמר אבד שט"ח וכו' והא דאין כותבין בשטר הלואה היינו כשאין ידוע לעדים אבל כשידוע לעדים שאבד כותבי' לו שטר אחר כמו בשטר מו"מ ולא אמרינן עשו עדים שליחותן עכ"ל דקדק וכתב וידעו העדים שנקרע או נשרף וכולי דאלו אבד אין כותבין שמא ימצאנו ויגבה בו פעם אחרת אלא דוקא אם נקרע או נשרף כדתניא מי שבא ואמר אבד שט"ח וכולי דאבד באור קתני וה"ד כשאין ידוע לעדים אבל כשידוע לעדים שאבד היינו אבד באור כותבין לו שטר אחר ולא אמרי' עשו עדים שליחותן ושוב ראיתי למהרש"ג בס' משפטים ישרים סי' ל"ה שכ"כ עיין שם ומהריב"ל חלק שלישי סימן ק"ח כ' דאין להוכיח מדברי הרמב"ם והמ"מ דסבירא להו דאבד בעדים לא מהני אלא דוקא נשרף בעדים דאל"כ מנ"ל דברייתא אילט' לאשמעי' דאפי' היה החוב בתוך הזמן חיישי' היינו דלא אתא לאשמעי' אלא דאפילו אבד בעדים לא מהני דמלי למימר וכו' עיין שם ואין צריך דאפשר דהרמב"ם והמ"מ ס"ל כהרא"ש דלשון הברייתא דקתני מי שבא ואמר אבד שט"ח וכו' משמע על פי דבריו אין כותבין הא אם יש עדים כותבין (א"ה עכ"מ) :

סימן מ"ג

א' דין ז' אלא מב"ח וכו' הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן שס"ד כת' וז"ל ואם קנו מידו קנין חדש על כל תנאי כתובה הא' הו"ל שטר מוקדם דפסול משום פסידא דלקוחות וכולי ואנו אין לנו אלא דברי הרי"ף והרמב"ם ורש"י שאמרו דגבי מב"ח וכו' עיין שם ונראה דס"ל דשטר שנמחל שעבודו היינו הקנין הא' אבל אם חזר וקבל קנין יכול לחזור וללוות בו :

ב' דין כ"ט עד שיעברו רוב הימים וכולי הרי"ף בתשו' סי' קכ"ז כתב דרואים כמה ימים בין פסח לעצרת וחולקים אותם הימים ושוהה המלוה מחציתם וגובה וטעם זה ממ"ש רז"ל חד בשב' וכולי עיין שם :

סימן מ"ו

א' דין א' או אמנה וכו' מהרימ"ט ח"א סי' ס"ב הוכיח דמגו דמזוייף לא מהני במקום עדים מדאמרינן בפ' מי שמת במשנת בר קפרא הרי שהיה אוכל שדה בחזקת שהיא שלו וקרא עליו ערער וכו' ואם אמר שטר אמנה אם יש עדים הלך אחר העדים ואם לאו הלך אחר השטר ומוקמי' לה אפילו לרבנן דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו הכא אין צריך לקיימו דמגו במקום עדים לא אמרי' דאנן סהדי דאינו שטר אמנה דעדים אשטר אמנה לא חתמי עיין שם וכבר תמה ה' נתיבות משפט דקפ"ח ע"ג דבפ' האשה שנתארמלה גבי האומר שטר אמנה אינו נאמן מוקמי' לה כגון דאמר לוה וכמ"ד מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו משמע דלמאן דאמר דצריך לקיימו נאמן ג"כ לומר אמנה וכ"כ הרמב"ם ובעל התרומות והטור עש"ב וז"ל הרשב"א במיוחסות סי' ל"ז ראובן שהוציא על שמעון כת"י בנאמנו' שהוא חייב לו ואין כת"י יוצא ממ"א וטען שפרע אם נאמן אם לאו תשוב' מדעתי שהוא נאמן ויש לי ראיה ממודה בשטר שכתבו דקי"ל שצריך לקיימו וכו' וה' בעל העיטור וכולי ואם עלה בדעתו שהפרש בין זו לשטר דעלמא דאלו בעלמא אע"פ שהשטר כשר מ"מ לפריעה קאי ואין העדים שבשט' מכחישים אותו שלא פרע אף וכו' הא' אין בה ממש שאין כאן עדים כלל מכחישים דבריו עד שיודה הוא ומפיו אנו חיים בעדות הנאמנות הילכך הוא שאסר הוא שהתיר ואלו לדברי הרב אם בא לעקור עיקר העדות במגו אינו נאמן וכעין מגו במקום עדים וליתא דהא בהדיא אמרי' בפ' האשה שנתארמלה האומר שטר אמנה הוא זו אינו נאמן וכו' ואוקי לטעם דקאמר לוה וכדרב מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו אלמא למ"ד בעלמא צריך לקיימו הכא נאמן אף על גב דאיכא עדים דמכחשי' ליה דהא בעיקר מלוה פליג' ופלוגתא דר"מ ורבנן באנוסים היינו בעיקר המלוה וכו' עכ"ל וכן כתב בתשו' חלק שני סימן ר"ן עיין שם הרי דס"ל

דס"ל דאפילו טענה שהעדים מכחישים אותו עליה נאמן ונראה דס"ל דלא קי"ל כר"י דאמ' בפ' מי שמת דגבי אמנה אינו נאמן לרבנן דהוי כמגו במקום עדים וכבר הוכיח הרמ"ה בפ' מ"ש בסימן קל"ז עש"ב וה' נתיבות משפט שם כ' דהפוסקי' ס"ל דהתם דאמרי' דמודו רבנן דאין צריך לקיימו אפילו טען פרעתי אינו נאמן אבל למ"ד דנאמן לומר פרעתי הכא נמי נאמן לומר אמנה ורשב"ם שפי' דוקא באמנה אינו נאמן דהוי מגו במקום עדים וכו' חולק על הפוסקים עיין שם וליתא דאפי' ר' יוחנן מחלק הכי לא קיימא לן כוותיה כמ"ש הרמ"ה :

והב"ח הק' דהא קיי"ל דעדים שאמרו אמנה היו דברינו אין נאמנים אפי' אין כתב ידם יוצא ממקום אחר לפי שאין אדם משים עצמו רשע והכא נמי אינו נאמן מה"ט ותי' דעדים דוקא אבל לוה דלא עבד מעשה אין משים עצמו רשע ועוד את"ל דמשים עצמו רשע מ"מ כיון דמפסיד מעותיו נאמן בטענתו במגו דלא גרע מטוען רבית הוא דנאמן במגו עיין שם אבל התו' בפרק האשה שנתארמלה בד"ה אר"נ וכו' כ' וז"ל באין כת"י יוצא ממקו' אחר איירי וכו' וק' דאמאי לא מהימני במגו דהא ר"נ גופיה אית ליה לעיל מגו לפסול השטר דקאמר וכו' דמהימן לומר פרע במגו דמזוייף וכל שכן עדים וכו' ותי' ר"י דה"ט במודעה הואיל ומודים שהשטר נכתב ונמסר כהלכתו שוב לא אתי ע"פ ומרע לשטרא אפי' במגו וכו' ואמנה נמי וכו' והא דנאמן לומר פרוע במגו דמזוייף התם לא מרע לשטרא כלל וכו' עכ"ל הרי דס"ל דאין חי' בין לוה לעדים ולר"ג דעדים שאמרו אין נאמנים כל שכן לוה דאינו נאמן במגו וכתב מהרא"ח בחי' שם דהא דאמרי' לעיל לעולם דקאמר לוה וכדר"י וכו' המ"ל דאפי' מ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו מודה באמנה דלא מרע לשטרא אלא משום דרב גופיה סבר בהדיא דאין צריך לקיימו אפי' בטענת פרוע דלא מרע לשטרא קאמר הכי עיין שם ונראה דס"ל דאין חי' בין לוה לעדים ולר"ג דעדים שאמרו אמנה אין נאמנים כ"ש לוה דלא מרע לשטרא ואינו נאמן אפי' במגו :

ובעל התרומות שכ"א גבי מלוה שאמר שטר אמנה שאינו נאמן במקום שחב לאחרים כתב בשם הראב"ד דה"ט דאינו נאמן במגו דיכול למחול משו' דמרע לסהדי דאשקרא חתימי ומ"ל לשקר במקום עדים לא אמרי' שכל ישראל בחזקת כשרות הם עומדים עי' שם ולכאורה נראה דהכא נמי דהלוה נאמן במגו מה"ט מיהו י"ל כמ"ש התוס' במתני' וז"ל וא"ת למה אין נאמנים והא מגו במקו' עדים הוא דאנן סהדי שלא היו אנוסים וכולי וי"ל כיון דהצריכו חכמים קיום הכא לא חשיב קיום מ"ש כת"י הוא זה כיון דאינהו גופייהו אמרי תכ"ד קטני' או אנוסי' היינו אבל לקמן חשבי' להו כשני עדים כיון דכבר מקויים הוא שכתב ידם יוצא ממקום אחר עכ"ל ואם כן א"ל בלוה שמודה בשטר וטוען אמנה כיון דלא נתקיים השט' אלא על פיו נאמן במגו ולא חשיב מגו במקום עדים ודוקא התם בשטר מקויים אין המלוה נאמן במקו' שחב לאחרים כיון דכבר מקויים הוא הוי מגו במקום עדים דאינו נאמן להחזיק העדים פסולים :

מיהו בפ' הכותב ומבואר בסימן פ"ד ס"ד וז"ל הפותח שטרו וכו' נפרע שלא בשבועה כילד היה שטרו אלף זוז וטען הלוה פרעתיך כולו והמלוה אומ' לא נתפרעתי כלום אבל אינך חייב לי אלא ת"ק ומה שנכתב אלף אמנה היתה בינינו וכו' וכ' הסמ"ע דדוק' בעדי' שאמרו אמנה היו דברינו אין נאמנים משום דאמנה לא ניתנה ליכתב שמא יטרוף בו מלקוחות ולא הו"ל לחתמו אבל כאן העדים לא ידעו מזה והמלוה נאמן במגו ואין זה מגו להוליא כיון דשט"ח בידו עכ"ל הרי (א"ה עכ"מ והשא' קרוע והדבר מובן) :

ב' דין ד' הג"ה וכן המנהג פשוט וכו' עי' בב"י שכ' ואנו לא ראינו ולא שמענו מי שנהג כן גם הרדב"ז בתשו' חלק שני סימן שס"ח כתב דראוי לבטל המנהג זה מיהו אם באו התובע והנתבע לפני הרב לקיים את השטר ונתקיים לפניו ולא ערער מסתברא לי דהוי קיום ושוב אינו יכול לערער שהרי קבלו דלא עדיף מכל דיני ממונות עיין שם :

ג' הג"ה קיום שטרות דרבנן וכו' כ' הגמ"ר בקידושין ד' תרס"ז ע"ג דאם העדים קיימי ואומרים לא חתמנו שטר זה או שאינם קיימים ובעל דבר אומר שהוא פסול צריך קיום אפי' מדאורייתא הסמ"ע ס"ק ט' ונראה לי ראיה דבסוף פרק הזורק דף פ"א עמוד שני גבי גט מקושר דבן ננס אומר הכל משלימין עליו ורע"א אין משלימין עליו אלא קרובים הראוים להעיד במ"א ואמרינן אמר ר"י לא הוכשרו בו אלא עד אחד קרוב בלבד אבל תרי לא דילמא אתי לקיומי בתרי קרובים וחד כשר ואי ס"ד דמדאורייתא אפילו העדים אומרים לא חתמנו או בעל דבר אומר שהוא פסול אין צריך קיום אלא מדרבנן אם כן היכי פסלינן תרי קרובים משום דילמא אתי לקיומי בתרי קרובים וחד כשר הא הו"ל גזירה לגזירה כיון דמדרבנן הוא דצריך קיום אלא ודאי היכא דבעל דבר מערער או שהעדים קיימים ואומרים מעולם לא חתמנו בגט זה בעי קיום מדאורייתא ונראה שזהו שדקדק רש"י שם וז"ל דילמא אתי לקיומי היום ולמחר אם יקרא עליו ערער לפוסלו ויבאו לבית דין ואין העדים לפנינו ויבאו עדים מן השוק שיכירו ג' מן החתימו' הללו ויקיימנו בכך ושמא לא יכירו אלא חתימת ב' הקרובים וא' מן הכשירים וב"ד אינן יודעים שהם קרובי' ויקיימוה בעדות פסולה עיין שם :

ובפרק הגוזל ומאכיל דקי"ב ע"ב אמרינן אמ' רבא הילכתא מקיימין את השטר שלא בפני בע"ד ואפי' עומד וצווח וכ' התוס' פ"ה אם עדיו מבקשין לילך למ"ה ואין נראה לר"י דאם כן אמאי נקט קיום שטרות הא קבלת עדות אמרינן נמי לעיל דבכה"ג מקבלין שלא בפני בע"ד וגר' לר"י דבכל ענין קאמר דמקיימין דקיום שטרות דרבנן ועדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי ואין צריך קיום ומדרבנן הוא דצריך קיום והילכך מקיימי' שלא בפני בעל דין עיין שם הרי בהדיא דסבירא להו להתוספות דקיום שטרות דרבנן אפי' עומד וצווח דמזוייף הוא ואפ' דרש"י לשיטתיה אזיל דס"ל דבעומד וצווח דמזוייף צריך קיום מדאורייתא כמ"ש ולהכי אוקמא בעדיו מבקשין לילך למ"ה וז"ל הרא"ש בתשוב' בשמים ראש סי' יו"ד ומה ששאלתני לפרש לך הא דאמרי' בפ' הגוזל ומאכיל הילכתא מקיימי' את השטר שלא בפני בע"ד ואפי' הלה עומד וצווח ופירש"י אפילו עומד וצווח מזוייף הוא אין חוששין והקשית מאי אפילו הוא זה הלא זה ענינו של קיום השטר שלא יועיל טענתו מזוייף הכי פירושו לא מיבעיא כשלא צווח לוה דמקיימין ואין חוששי' למה שיבא אח"ך ויטעון מזוייף וכ"מ ליתמי ואפי' לדידיה לא מהימני' ליה דפרעו במגו דמזוייף כולי האי אלא צווח מזוייף נמי לא מהני אי נמי אפי' טען אחרי הקיום לא צריך להשמיענו אלא אפי' כבר צווח מזוייף והשתא הלך לו מקיימין עכ"ל ולפי דברי התוס' אתי שפיר הא דקאמ' אפילו

אפילו עומד ולווה:

ד' דין ו' אף על פי שהוא מקויים צריך וכו' ואפילו בב"ד קבוע צריך קיום הרשב"ץ חלק ראשון סי' קע"ג עיין שם ועיין בתשו' הרשב"א שהביא הב"י:

ה' דין ז' שיבאו העדים החותמים וכו' ישראל שהיה חתום בשטר ונתמומר ואין מי שיעיד על כת"י כותב המומר חתימת ידו בבית דין ומדמו לה דלא חשיבא עדות כדלקמן סי"ג הריטב"א וה"ה לגזלן שבשעה שחתם לא היה גזלן וכן שאר פסולי עדות הרדב"ז בתשו' חלק שלישי סימן ת"ס עיין שם:

ו' הג"ה וי"א דאפי' לא קרא ערער וכו' כ"כ הרא"ש ותלמידי הר' יונה הובא בס' א"ז דהא דאמרי' וקרא עליו ערער אורחא דמילתא נקט וכו' וז"ל הרשב"א בתשו' חלק שני סימן שמ"ח וי"ל עוד דהא דקתני ברייתא' נשטר שקרא עליו ערער לרבותא נקטינן דאע"ג דקרא עליו ערער אם הוחזק בב"ד מקיימין מנני וה"ה דבשלא קרא עליו ערער הוחזק בב"ד בעי' לעולם והגי' הנכונה שכתובה בספרים לפנינו קרא עליו ערער והוחזק בב"ד אי לא הוחזק בב"ד לא וכו' עכ"ל ועיין בהש"ך:

ז' דין ל"ד הג"ה ואם אין עדים דמכירים וכולי וכ"כ הרדב"ז בתשו' ח"ג סי' ת"ס עיין שם:

ח' (א"ס זה שייך לסימן מ"ו דין ל"ה חתם בשטר עד שלא נעשה חתנו וכו'):

שאלה על שטר וז"ן הודה פ' וכולי שנטל מיד פ' כך ארבע מאות גרושים מטבע כסף שהם שלש מאות מנכסיו ומאה מנכסי מלוג של אשתו וחתמו בו שני עדים ואחר כך א' מהעדים החתומים כ' בלדו שע"ס וצ"ל להפך ג' מאות מנכסי מלוג של אשתו ומאה מנכסי הבעל וחתם יורנו המורה:

תשובה לכאורה נראה דהעדים החתומים על השט' ועדיין השטר בידם אם יכול לחזור תלוי במחלוקת שכתב מרן הב"י סימן מ"ו גבי חתם בשטר עד שלא נעשה חתנו ואח"ך נעשה חתנו דאחרי' יכולים להעיד על חתימתו לפי שהעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי וכיון שבשעה שחתמו כשרי' היו הו"ל כאילו קבלו בית דין עדותם באותה שעה וכו' ולפי דעת הרי"ף בפ"ד אחין נ"ל דהיינו דוקא כשהשטר יולית מיד אחרים אבל כשיולית מיד העדים לא הוי כמי שנחקרה עדותם ואם בעת שמוליאים השטר הם קרובי' שטר פסול וכן כת' בסימן מ"ו סל"ה ויש מי שאומר וכולי וכתב הסמ"ע ס"ק פ"ז דס"ל דביולא מתחת יד העדים לא אמרינן לענין שום דין דהו"ל כנחקרה עדותם בבית דין עיין שם ואם כן הכא נמי אם עדי השטר תחת ידם יכולי' לחזור ולהגיד מה"ט דלא אמרי' כנחקרה עדותם בבית דין אבל הרב נמקי יוסף בפרק ד' אחין הכריח דהתם דוקא דאינו ראוי ליתנו לבעל דבר להיות בידו לראייה לא חשיב שטר אבל כל שראוי ליתנו לבעלי' אפילו הוא עדיין ביד העדים חשיב שטר וכ"כ הרמב"ן במלחמות שם ובס' הזכות סימן כ"ד כתב על הראב"ד כמדומה בעיני שה' לשון הלכות הוא מפ' שכן דעת רבי' הגדול בודאי בהרי וכו' עיין שם וכ"כ הרשב"א והריטב"א בחי' שם אם כן כל שטר שראוי ליתנו לבעליו אפילו עדיין ביד העדים חשיב שטר וכמי שנחקרה עדותם בבית דין דמי ומ"ש הרי"ף דאי בעו כתבו ליה לשטר וכו' כבר כתב מהרשד"ס חא"ה סי' א' דבשאר שטרו' כיון שחתמו ע"מ ליתנו ביד בעלי השטר והוי כמי שנחקרה עדותם בב"ד אין לחשוד אותם שיכתבו השטר שיעידו עליו עיין שם ואם כן אפילו עדיין ביד העדים ולא הוחזק בב"ד אינם נאמנים ודוקא עד אחד החתום בשטר יכול לחזור ולא הוי כנחקרה עדותו בבית דין כמ"ש הריב"ש בסימן קכ"ז ופסקו מור"ם בסימן מ"ו עיין שם בהסמ"ע אבל שנים שחתמו אין אחד מהם יכול לחזור לסתור עדותו אפילו במגו דלא עדיף מאם אמרו שהיה שטר אמנה דאפילו אין כתב ידם יוצא ממקום אחר אין נאמני' וכן כתב הרשב"א בתשוב' חלק רביעי סימן רל"ו על שטר שכתוב בו בלא שום תנאי ושיור בעולם ואין כתב ידם יוצא ממקום אחר ועכשיו אמרו העדים כת"י הוא זה ותנאי דברינו וכו' ואמרת כי לדעתך אינם נאמנים כיון דמכחשי' שטרא תשובה כדין אמרת היותר הוא זה משט' אמנה כי יותר אלו מכחישי' עדותם לגמרי ומשימי' עצמם רשעים ומעידים עדות שקר שכבר העידו שהיו דבריהם בלי שום תנאי ואם כן עכשיו שאמרו שהיו דבריהם תנאי עדות שקר מעידים בעצמם עכ"ל וכן כתב הרשב"ץ וכן דעת ר' ירוחם נתיב ג' ח"ב וכתב מהריב"ל ח"ג סי' ס"ג דסבירא ליה דאם כתו' בשטר בלא תנאי וכו' אפי' כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר אין העדים נאמנים והדין נותן דאין אדם משי' עצמו רשע ואפי' במגו אינם נאמנים לומר שחתמו שקר אבל בעה"ת נראה לכאורה דסבירא ליה דאם אין כת' ידם יוצא ממ"א נאמנים לומ' תנאי היה אפי' כתוב בשטר בלא תנאי וכו' ע"ש ואפשר דגם בעל התרומות דחולק דשטר שמפורש בו בלא תנאי וכו' ס"ל דבתנאי שעבוד איירי במקלת ול"ד לאמנה כמ"ש הרב שפתי כהן בסי' מ"ו ס"ק ק"י עיין שם אבל לסתור עדותם ממש לכ"ע אפילו אין כתב ידם יוצא ממ"א אין נאמנים במגו ואם כן הכא נמי אף על גב דהיכא מגו דהיו יכולים לקרוע השטר ולכתוב אחר בהפך כיון דהשתא מיהא השטר מכחישים אין נאמנים וכה"ג כ' מהרימ"ט חלק ראשון סימן ק"ע עיין שם והרשב"א בתשוב' חלק שלישי סימן י"ג כתב וז"ל ראובן משכן בית לשמעון לזמן ידוע וקנו מידו והלך לו שמעון למדינת הים וכתבו העדי' שלא יהא רשות ביד המלוה לכוף את הלוה לפדות המשכונה ומסרו השטר למלוה ולא הרגיש בטעות זה ואחר זמן מלא המלוה שלא היה בו זמן ואמר לעדים וכו' והעדי' הודו לו וכו' תשובה עדים אלו כיון שהם זוכרים שטועים כותבי' לו שטר אחר כתקנו דכל שטעו אע"פ שמסרוהו למלוה לא עשו שליחותם וכו' ואפי' היה הלוה כאן ויצא שטר זה בבית דין והלוה מכחיש את העדים קרוב אני לומר שהעדים נאמנים אף על פי שכת"י יוצא ממקום אחר מפני שאין מפורש כאן שלא יהא רשאי לכופו לעולם אלא סתם אמרו שלא יהא רשאי לכופו ואלו העדי' מבררי' הם ולא עוקרים את השטר ולא חוזרים בעדותם אלא שמבררים במה שאמרו לא יוכל לכופו תוך זמן פ' היה התנאי ומכל מקום אפי' לכשתמצא לומר שאינם חוזרים ומגידים ואילו הלוה כאן ומכחישם אינם נאמנים ה"מ כשילא השטר והוחזק בבית דין והלוה כופר במה שהעדי' מעידים עכשיו לפי שהב"ד מסופקים בדבר ואין רשאי' לדון מן הספק כנגד מ"ש בשטר אבל עד שלא יצא השט' והוחזק בבית דין העדים שיודעים האמת ומכירי' בטעות לא עשו שליחותם חוזרים וכותבי' ומתקנים הטעות ועושי' עכשיו שליחותם וכו' והגע עצמך דל שטרא מהכא מי לא מסהדי הני סהדי בעל פה שתנאי היה ביניהם לפרעו בזמן פ' ומהימני' להו כל שלא הוחזק השטר בבית דין והכא נמי ל"ש עכ"ל הרי דס"ל דהא דאין העדי' יכולי' לחזור

לחזור היינו דוקא כשילא השטר והוחזק בב"ד אבל כשלא ילא השטר והוחזק בבית דין העדים שיודעים האמת שטעו חוזרים וכותבים ומתקנים טעות ועושים שליחותם ולכאור' נראה דס"ל כדעת מהריק"ו שרש ע"ד :

והריטב"א בפרק האשה שנתארמלה והביאו מרן בבדק הבית סימן מ"ו כ' כל שהשטר יולא מתחת יד העדים נאמנים לא על עיקר עדות אלא מדין שליש עיין שם ושליש אפי' אין שלישותו בידו נאמן במה שעשה כבר מיהו נר' דהיינו דוקא אם אינו סותר עדותו לגמרי אבל להעיד אפי' במגו אינו נאמן שכתב הרשב"א בתשו' הביאה מהרשד"ם חו"ד סימן פ' וז"ל ראובן תובע לשמעון מנה והוליא עליו כת"י אלא שאין לראובן לקיימו וכתוב מרלון נפשו שלא באונס וכו' אמר שמעון כתב ידי הוא זה אלא שאנוס הייתי תשובה כלל זה יהיה בידך כי הפה שאסר וכו' לריך שיהיו שניהם קיימים במה שיוכל לקיים ולא ילא הא' לבטלה וכיון שהודה על כת"י כבר הודה על מנה שבשטר ושוב אינו יכול לכפור בו והראה כל השנוי במשנה בכתובות היא בהם מכחים את חבירו שדה זו של אביך וכו' א"א הייתי וכולי נשביתי וכו' אין הכחשת דבור לדבור אף על גב הדבור הא' בטל מאליו וכן לא תמלא שום מגו בעולם שיהא דבור מכחיש דבור וכו' עיין שם הרי דלא אמרי' מגו לסתור הודאתו וכן העדים אין נאמנים לסתור עדותם אפי' במגו דמזוייף ומתני' דאנוסים היינו וכו' דאם אין כת"י יולא ממקום אחר נאמנים אין מכחישים ממש אלא אמת שחתמו שלוה אלא שהיה באונס וכן כולם אבל לסתו' הודאתו או עדותו ממש לא ואם כן נראה דה"ל שליש אינו נאמן לסתור עדותו אפי' במגו והריטב"א שכ' דאם השטר מתחת העדים נאמנים מדין שליש ה"ד כשאינו סותר עדותו אבל לסתור עדותו ממש אינו נאמן והרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סימן נ"ו שאפי' כ' על תנאי זו בלבד נמסר בידי שלישות זה א"ל שהוא נאמן על תנאי דשליש כיד בעלים ממש הוא וכו' כבר כתב הרב שפתי כהן שם סק"ג דהיינו דוקא כשאומר שאחר שכתב כן התנו עוד תנאי אבל אם אומר שקודם לכן היה תנאי אחר שלא כתבו אינו נאמן דאפילו הבע"ד עלמו אילו כ"כ בכתב ידו לא היה נאמן להכחיש כת"י ולא עדיף שליש מהבעל עלמו עיין שם וכן כתב ה' כנסת הגדולה שם הגב"י אות כ"א והכריח כן מתשו' הרשב"א שהביא מרן הב"י שם מתו' י"ב עיין שם ואם כן הכא נמי אפי' השטר ביד העדים אין נאמנים לסתור עדותם אפי' במגו שהיה קורעים השטר וכותבין אחר בהפך אבל י"ל דאפ' שזהו מלוי לטעות שנתחלף להם הענין וכ' הרז"ה והר"ן בפרק קמא דר"ה ובתשו' סימן נ"ב בכל טעות שהעדי' מלויים לטעות בו הם בעלמם ואין בזה משום חוזר ומגיד אלא שלריך ב"ד הגדול להאמין הדין וכן כתב הריב"ש סי' שפ"ב עיין שם ומרן הב"י סי' מ"ג הביא דבריהם ונראה לכאורה דהרמב"ן ור"י והרא"ש והטור שם ס"ל היינו דוקא כשאין כתב ידם יולא ממקום אחר דנאמני' במגו וכן כתב מהרא"ד"ב סימן ל"ו דאם באו להחזירו ממון במה שאמרו טעינו מוקמי' ממון בחזקתיה ואם באו להוליא אינם נאמנים עיין שם ואם כן הכא נמי אפילו מלויים העדים לטעות בזה אינם יכולים לחזור מטעותם להוליא מחזקת הבעל שהנכסים ילאו מתחת ידו והיו בחזקתו אבל הרב שפתי כהן שם סקי"ט הסכים דלכ"ע בדבר שמלויים העדים לטעות אפי' כתב ידם יולא ממ"א לומ' טעינו וכן דעת מרן בסימן כ"ט עיין שם באורך :

ט' דין ל"ז וחייבים לשלם ללוה כל הפסד וכו' וכן פסק הרדב"ז בתשוב' חלק שני סימן תר"ז אפי' ע"א עומד בעדותו חייב הלה לשלם כל ההפסד עיין שם הטעם ובסימן ל"ה כתב בסופר שטעה וכתב בשטר מאתים במקום מנה דפטור הסופר ע"ש הטעם :

יו"ד אין נאמנים בשום דבר וכו' משמע דקאי גם כן אתנאי והרדב"ז בתשו' ח"ב סי' תל"ג פסק דלעולם אין מוליאין ממון מיד המוחזק ע"ש ועיין בהש"ך :

י"א אין נאמנין וכולי כתב הרב שפתי כהן ועדים אחרים נאמנים רב' ירוחם בשם הגאונים והביאה הב"י עיין שם וכן כתב הטור בסימן מ"ג וז"ל אבל אם כתב ידם יולא ממקום אחר אין נאמני' אלא אם מעידי' עדים עליהם שהיו אנוסי' מחמת נפשות וכו' ע"ש וכ"כ הרשב"א בתשו' חלק שלישי סימן ד' ע"ש :

י"ב דין ל"ח אין נאמנין וכו' בתשו' הרשב"א ח' שני סימן קל"ו מבואר דאפילו אין כתב ידם יולא ממקום אחר דאיכא מגו אינם נאמנים כמ"ש האחרונים עיין שם אבל מלאתי להרמ"ה בפ' מי שמת סי' קל"ו שכתב וז"ל אבל היכא דלא אקיים שטרא אלא מפומא דבני משפחה מהימני לומר קטן היה דקי"ל מודה בשטר שכתבו לריך לקיימו והוא הדין נמי וכו' הרי זה בחזקת קטן עד שיביא ראיה הלוקח שהיה גדול דתנן העדים שאמרו כת"י זה אבל אנוסי' היינו קטני' היינו פסולי עדות היינו הרי אלו נאמנים דהתם טעמא מאי דמגו וכו' הכא נמי מגו דאי בעי אמרי לאו כת"י הוא זה כי אמרי דמוכר קטן היה מהימני תדע דהא בפרק האשה שנתארמלה קטנים היינו וקטן היה תרווייהו חדא מחתא וכו' וכי קיימא לן האי חזקה משום דעדי' גופייהו חיישי לב"ד טועים וכו' כי אמרינן דקטן היה ואיכא הוא דלא הוו ידעי וכו' דאין מעשה קטן כלום א"כ דלא הוו ידעי אי קטן היה או לא וסברי דלא סמכי ב"ד עלייהו היכא דאין השטר מתקיים אלא מפיהם מהימני דהא כולהו אינשי דינא גמירי עכ"ל הרי דס"ל דאם לא נתקיים השט' נאמן המוכר וכן העדים לומר קטן היה במגו ואפי' היה בחזקת הלוקח ולא הוי מגו להוליא דאם היה קטן המכר בטל והוי בחזקת היורשים וכה"ג כ' בש"מ למליעא על דף ו' בשם תלמידי הר' יונה וז"ל שכן יראה מסברא שאם היה ראובן מוחזק בקרקע א' ואמר לשמעון אמת שמכרתיו לך אבל לא נתת לי המעות עדיין נאמן במגו שהיה יכול לומר לו לא מכרתיו לך ובענין זה לא אמרי' מגו לאפוקי ממונא כיון שחזקת הנתבע היא ע"פ הודאת התובע וכולי עיין שם והכא נמי דכוותא לא הוי מגו להוליא אבל לדעת הרשב"א נראה דה"ה אין המוכר נאמן לומר קטן היה אפילו במגו מה"ט דחזקה וכו' ואף על גב דמ"ל ברים בתרא אי אמרי' מגו במקום חזקה וקי"ל קולא לנתבע כבר כ' ה' גופי הלכות הביאו הר' קהלת יעקב דף קפ"ז אות י"ב דחזקה זו אלימתא היא דהא גבי קטנים היינו ס"ל לר"מ דאפי' אין כתב ידם יולא ממקום אחר אין נאמנים במגו משום דחזקה אלימתא היא דהכל יודעים דאין מעשה קטן כלום עיין שם וכה"ג כתבו התוספות בכתובות דף ע' בד"ה לא וכולי דהיכא חזקה אלימתא דאמרינן לה אפילו במקום מגו עיין שם וכן כתב הרשב"א בתשו' חלק שלישי סימן קל"ד ותדע לך שכל מה שנמלא ביד האדם וברשותו אינו נאמן לו' של אחרים הוא במקום שחב לאחרים ואפי' במקום מגו לפי דחזקה גדולה היא וכולי ואף על גב דמ"ל בפרק

קמא

קמא דבתרא אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא ולא איפשיטא אפילו הכי לאו כל החזקות שוות אלא איכא חזקה אלימתא דאמרי' לה אפי' במקום מגו וכו' וכן כ' המ"מ בפ"א מהל' מלוה בשם הרמב"ן ע"ש וכ"כ עוד הרשב"א בתשו' ח"ד סי' י"ע כמ"ש דבריו בסימן ע"ע דין י"ד ע"ש וכ"כ הרשב"א בתשו' הובא בש"מ לכתובות סוף דף ח"י ע"ש וה"כ חזקה זו דאין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה בגדול אמרינן לה אפילו (א"ה עכ"מ והדבר מובן) :

סימן מ"ח

דין א' שכיון שנמחל שעבודו וכו' הש"ך הוכיח דשטר הוי חספא בעלמא ואם אמר פרעתי נאמן וכבר הוכיח כן הב"ח בתשו' סימן ל"ד עש"ב וכן משמע מדברי הרמ"ה בפ' ח"ה סי' מ"ע ונו"ן ע"ש :

דין א' שכיון שנמחל שעבודו וכו' הש"ך הוכיח דאינו גובה אפי' מב"ח דהוי כמלוה ע"פ וכן משמע מדכ' הב"ח סימן זה שכ' דאפי' בכת"י שנמחל שעבודו אינו גובה בו כלל וגת"י פשיטא דאינו גובה בו ממשעבדי וכן כתב הריב"ש בתשו' סי' שפ"ב עיין שם וכבר הוכיח כן הב"ח בתשו' סי' ל"ד ומזה למד לכת"י דנמחל שעבודו עש"ב וכ' הרדב"ז חלק שני סי' שס"ד על אשה שמחלה כתובתה ורלה הבעל להחזירה דלריך לכתוב לה כתובה חדשה דהוי שטר שנמחל שעבודו דמ"ל נמחל שעבודו ע"י פירעון או ע"י מחילה ואם לא כתב לה כתובה אחרת אסור להשהותה דכמי שאין לה כתובה דמי ואם קנו ממנו קנין חדש על כל תנאי כתובה הא' הו"ל שטר מוקדם ופסול ולדידן דקי"ל כהרי"ף והרמב"ם דגובה מבני חרי מותר להשהות אלא דחיישי' לפסידא דלקוחות וכותבי' בכתובה הזמן שהחזירה עיין שם :

סימן נו"ן

דין א' הג"ה ואם נכתב שובר משום אדם וכולי ה"ד מי שידוע ששטר זה היה כבר בידו אבל כשאין ידוע ששטר זה היה כבר בידו אלא שבא לב"ד עם הלוה ואמר שטר כזה הי"ל על לוה זה ואבד וכ' לי שובר לא מהני ה' ל"ן סימן יו"ד ע"ש :

סימן נ"א

א' דין א' ואינו וכול לומר פרעתי וכו' עיין בהסמ"ע וז"ל הרשב"ם סימן תקכ"ו והרשב"א כ' בתשו' שדברי הרמב"ם אינם אלא כשאמר העד בפני הלוהו ולא זזה ידי מידו ועדיין לא פרעו והוא אומר כן הוא שלויתי ממנו אבל פרעתיו נמלא שזה מחוייב להכחיש העד כדין שבועת עד א' שנשבע להכחישו ואינו יכול לישבע שהרי הוא מודה לדבריו שלוה ולא זזה ידו מתחת ידו הילכך משלם א"כ שהיתה המלוה לזמן ועדיין לא נשלם הזמן והוא מודה בזה וכיון דמודה לדברי העד ולא עביד איניש דפרע בגו זמניה נמלא מחוייב שבועה שא"י לישבע ומשלם עיין שם ועיין להרשב"א סימן ו' וסימן תקס"ד שכ' בשם המפרשים דאם עד א' קנה ממנו וחתם היום והעד האחר קנה ממנו וחתם למחר אינו גובה מנכסים משועבדים לפי שכשהעיד הא' הוי שהיד חד דלית ליה קלא והשני כשחותם הו"ל כמו חד שהיד דלית ליה קלא עיין שם ועיין בב"י :

ב' דין ב' הרי זה נשבע להכחיש את העד וכו' אם יש עד א' שלוה ועד השני אינו מכחיש לעד הא' אלא שאינו זוכר נראה ברור דאין כאן אלא עד א' וישבע להכחיש את העד ויפטר דאותו שאומר איני זוכר כמאן דליתיה דמי כאומר איני יודע ה' כנה"ג בתשו' סי' קמ"ח וסי' ק"ן ע"ש וכ"כ ה' בני אהרן סי' :

ג' נראה דטוענים ליורשים וללקוחות כן הרשב"ש סי' ו' וסימן רפ"ג עיין שם :

ד' נאמן בשבועה וכולי פי' בשבועת היסת כמבואר בתשו' הרשב"א שהביא מרן הב"י סימן ס"א וכן פסק הב"ח ועיקר הש"ך ע"ש מיהו הרשב"א בתשו' ח"א סי' אלף ול' ובח"ג סי' מ"ב ובח"ד סימן רי"ב סיים שזה כדעת הגאונים שהסכימו בהוליא עליו כת"י דנאמן לומר פרעתי אבל י"א דאפי' כשהוליא עליו כת"י אינו נאמן לומר פרעתי משום דא"ל שטרך בידי מ"ב ולזה דעתי נוטה עיין שם וכן מלאתי להרמ"ה בפ' י"נ בסי' קכ"א שכ' וז"ל דא"כ שבועת ע"א היכי משכחת לה לימא מגו דיכול לומר פרעתי ומפטר לגמרי דהא אפי' אסהידו ביה תרי דלוה מדאורייתא' מהימן לומר פרעתי בלא שבועה כי טעין לא לויתי נמי ליפטרי משבועה אלא לאו ש"מ לא אמרי' מגו לאפטורי משבועה ואף על גב דמשכחת לה דקובע זמן לחבירו ולא עבר הזמן וכו' א"כ בעד א' בשטר וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דעד א' בשטר אינו נאמן לומר פרעתי והוא אזיל לטעמיה דס"ל דבכת"י נמי אינו יכול לטעון פרעתי כמ"ש בפ' ג"פ סי' ס"ה וכן כתב הטור בשמו סימן ס"ט עיין שם אם כן דעת הרז"ה והרמ"ה והרשב"א דבכת"י אינו נאמן לומר פרעתי כ"ש בשטר בעד א' והרמב"ן ס"ל דבשטר בעד א' אינו נאמן לומ' פרעתי מה"ט דשטרך בידי מ"ב אבל בכת"י נאמן לומר פרעתי משום דמשמע לאינשי דלזכרון דברי' בעלמא פן ישכח א' מהם סך המעות הוא שכותבים כן ולכך לא חשש להניחו בידו כמ"ש הב"י עיין שם איברא דרשב"ם בפ' ח"ה דף מ' גבי הודאה בפני שנים ובסוף בתרא בד"ה ה"ג וכו' ס"ל בכת"י דאינו נאמן פרעתי ובדף קס"ה גבי שטר בעד א' כ' דיכול לומר פרעתי ואין המלוה יכול לטעון ללוה היה לך לקרוע שטר שבידי כיון וכולי עיין שם וכבר כתבתי בסימן ס"ט דס"ל דשטר בע"א גרע מכת"י כמ"ש המ"מ בפי"ד מה' מלוה שכן מוכח בפ"ק דגיטין דלענין נט עדיף כת"י מחתימת ע"א בלא כת"י עיין שם אבל הרמ"ה והרשב"ם ס"ל דעד א' בשטר דמי לכת"י ואינו נאמן לומר פרעתי ועיין בתשו' הרשב"ם סימן תק"ד וסימן תקכ"ו :

דין ג' וי"א שדינו כשטר וכו' הש"ך סי' כ"א הסכים דכ"ע מודו בזה וכמ"ש מרן בבד"ה הרי הוא כחרס הוא לענין שאינו חשוב שטר לגבות בו ואע"פ שיש עידי מסירה הוי כשטר שיש בו עד א' שמשביעין אותו ומ"ש בס"ע וי"א וכו' לפי שהסברא ה' לא הזכיר מזה כלום כתב דינו של בה"ג בל' וי"א וכו' ע"ש וכה"ג כ' ה' בית דוד חא"ח סי' ת"ע וסימן תע"א דלא קי"ל כשתם אלא כשכתב מרן בפי' הדבר שחולקים עליו ע"ש אבל בספר עה"ש חא"ח סימן ק"ס כתבתי סתירה לזה ממ"ש מרן שם סי"א שכ' ויש מי שאומר וכו' והוא הראב"ד אבל הרמב"ם חולק ובודאי אין דעתו לפסוק כהראב"ד נגד הרמב"ם וכ"ש בנטי' דנקטי' לקולא בפלוגתא דרבוותא עיין שם וכן ראיתי לה' כנה"ג חי"ד סימן קס"ד הגב"י אות ח' דלא הזוכר שם בפי' הפרט שחולקים עליו וכ'

הרב

הרב שם דלאו מילתא היא דבמה שכ' מי שהיתה שדהו ממושכנת וכו' נכלל אפילו משכנתא דסורא וקי"ל כסתם עיין שם :

סימן נ"ב

א' דין א' הג"ה וי"א דפטור דקנסי' למלוה וכו' כ' הש"ך דליכא מ"ד הכי עש"ב וכן כתב ה' גו"ר כלל ג' סימן ל"ד דאינו יכול לומר קים ליה עיין שם :

סימן נ"ד

דין ג' שובר שנכתב סתם וכו' שיד בעל השטר על התחתונה הטור וכן כתב הרמ"ה בפ' ג"פ סי' ק"ה ובסימן ק"ז כתב וז"ל וכי אהני האי סברא כה"ג לבטולי לשטרא מספק וכו' והממע"ה אבל למיפטריה משבועה לא מהני דכל היכא דמוקמי' ממונא בחזקת מאריה לא סגי ליה בלא שבועה עיין שם ואם כן אם תפס המלוה אין מוציאין מידו :

סימן נ"ח

א' דין ב' הג"ה ויש חולקין וכו' כתב הסמ"ע דמתנה לא שכיחא ובפרט במקו' שחייב לו דאין דרך ליתן לו מתנה עד שישלם לו חובו תחילה וה' נתיבות משפט דכ"א ע"ד תמה דבפ' ש"ה מוכח דמתנה שכיחא ואם טען כן נאמן אלא ודאי כוונת הרא"ש דבמתנה כי האי במקום שצריך לפרוע חובו לא שכיחא דיותר פורע אדם חובו וכו' כמ"ש הרמב"ן עיין שם ולכאורה כן נראה מדברי הרא"ש ופסקו מרן בסי' ס' ואפילו משעבד לו מטלטלין אג"מ נהגו שאינו טורף מטלטלי שמכר או נתן מפני תקנת השוק ואפילו למנהג זה אם היה לו שטר חוב על א' ומכרו ב"ח גובה ממנו דלא שייך בשטרות תקנת השוק דלא שכיחא ע"ש משמע דמתנה שכיחא ולכך יש בה תקנת השוק וע"ש בהש"ך סק"ז אבל התוס' במציעא דף ע' בד"ה אתא וכו' כתבו דמתנה לא שכיחא ולא טעני' לה ליורשים אע"פ שאביה' היה נאמן עיין שם ומפ' ש"ה לק"מ דגם טענה דלא שכיחא אם טען הוא' כן נאמן אבל ליורשים לא טענינן וכן לענין להאמינו בטענה אחרת במגו דמתנה לא וכה"ג כתבו התוספות בפ' ח"ה גבי ההוא עובדא דרב"ש אף על גב דאם טען לקוחה היא בידי דנאמן לא הוי מגו וכן כתב הכנה"ג בסי' ע"א הגב"י אות י"ד גבי טענת מחילה דלא שכיחא ואם טען כן נאמן אבל לענין מגו לא מהניא והביא ראיה מדברי התוס' פח"ה עיין שם והכא נמי דכוות' במתנה דאם טען כן נאמן אבל לא הוי מגו וכן כתב מהרימ"ט סימן קכ"א דטענת מחילה גרועה שהרי הרמב"ן בפ' שבועת הדיינים ס"ל דטענת מתנה גרועה היא מטענת שטרא' וכן הסכים הרא"ש דמתנה לא שכיחא והכא נמי מחילה לא שכיחא עיין שם הרי שכתב דמתנה לא שכיחא אפילו במקום שאינו חייב לו וה"ה מחילה כדברי הסמ"ע וה' כנה"ג וכן ראיתי לה' בית יהודה בח"מ סי' ט' שכתב דמתנה לא שכיחא דהא קי"ל דמתנת קטן פחות מבן כ' קיימת מה"ט דאינה מצוייה כמבואר בסי' רל"ה והוא דעשו בה תקנת השוק ואע"ג דלא שכיחא טפי ממכירת שטרות :

ב' הג"ה ויש חולקין וכו' ה"ד במעות אבל במטלטלין מסתבר' דלכ"ע נאמן במגו דיכול לטעון קניתם ממך בכסף מלא מהר"י קלעי סי' י"ז :

ג' דין ה' רשאי לעכב' לעצמו וכו' אבל שותפי' שמכרו סחורה מהשותפות ואחר כך מכר אחד מהם שלו וגבה ממנו סך מעות אינו רשאי לעכבם לעצמו אלא הנמכר ראשון נגבה ראשון מהריק"ש בתשו' אהלי יעקב סימן ט"ל עיין שם :

סימן ס'

א' דין א' שמכרם או נתנם וכו' וא"ת למה נהגו לכתוב ושעבד לו מטלטלין אגב מקרקעי הא ל"ק דנ"מ לענין קדימה שאם קדם ב"ח אחרון וגבה מוציאין מידו ונותנין למי שקדם שטרו כדין קרקעות דאין בזה תקנת השוק הרדב"ז חלק שני סי' שמ"ה עיין שם ועיין בהש"ך ס"ק ח' שכ"כ בשם מהרש"ך חלק שלישי סימן פ"ג ותמה עליו דהא מהני לענין אם אין ביד המלוה גובה המוקד' וגם י"ל דמהני לענין שטרו' דכה"ג עיין שם וכבר כתב מהרש"ך חלק ראשון סימן ל"ג דאין סברא לומר דכתבי הכי משום מילתא דלא שכיחא אבל ב"ח מאוחר שכיח עיין שם :

(אמר המגיה זה הלשון שייך בח"א סי' ס' סק"א אחר דברי מהרא"נ"ח) :

ומכל מקום כבר הסכימו רוב האחרונים דב"ח מאוחר ליתא תקנת השוק כדפסק מרן וכתב מהרנא"ח חלק שני סימן ל"ד וז"ל ואף על גב דתופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה והכא הוי חוב לאשה מכל מקום כל שתפס ברשות הלוה מהניא תפיסתו והב' תפס ברשות ר' אברהם והוא התפיסו שכ"כ לו ונתתי לו רשות למכור ולמשכן ולפרוע לב"ח וכה"ג ודאי קנה וכיון שר"א זוכה בהם מדין תופס לב"ח אם כן אף במטלטלי המשועבדים שהזוכה זוכה בהם משום תקנת השוק וכו' עיין שם ואין נראה דאפילו התפיסו הלוה וא"ל זכה לפ' דקנה התופס ה"ד במקום שתפיסת ב"ח עצמו מהניא כמ"ש בעה"ת שס"ז דדינו כדין ב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה ואם כן במטלטלין המשועבדים למאי דקי"ל דלא עשו ת"ה בב"ח מאוחר כמו שכן סובר מהרא"נ"ח עצמו בתשו' חלק ראשון סי' כ"ד שאפילו התפיסו הלוה מדעתו מוציאין מידו ואם כן לא יהיה כח התופס בשבילו גדול מכחו וכן מבואר בתשו' מהרשד"ם סימן ק"ח שזכה השליח משום דסבירא ליה דאיכא ת"ה לב"ח מאוחר עיין שם ובסימן שפ"א וכה"ג וכת' הרא"ש בפ"ק דגיטין סימן י"ט בשם הרי"ף דהכא מיירי כשקבע לו לזמן לפורעו ובתוך הזמן שלח לו מעותיו דלא שייך לומר התופס לב"ח כיון שהמלוה עצמו לא היה יכול לתפוס תוך הזמן והוא חלק דאפילו בתוך הזמן אם אין לו נכסים אחרים יפסיד המלוה מהניא תפיסה והביאו הטור סימן ק"ה עיין שם וכן פסק הטור ומרן סימן ק"ו ס"ד דאפי' תפיסה על ידי שליח מהניא אפי' בתוך הזמן אם אין ללוה נכסים אחרים ויפסיד המלוה ע"ש :

ב' דין ב' אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד וכו' ואם יש שבועה נשתעבד שהרי הטעם משום דלא סמכא דעתו והוי כעין אסמכתא דלא קניא ואנן קי"ל דשבועה מהניא אפילו באסמכתא הרדב"ז בתשובות חלק שלישי סימן תקס"ג עיין שם ולקמן בסימן רמ"א סי"א אכתוב דאסמכתא גרועה מדבר שאינו קצוב עיין שם

שם וכיון דשבועה מהניא אפילו באסמכתא כ״ש בדבר שאינו קצוב ומהריב״ל בתשו׳ חלק שני סימן ל״ח כתב דדבר שאינו קצוב יכול לומר קי״ל כהרמב״ם ואפי׳ נשבע יכול לומר השבועה בטעות ומהרא״ר בס׳ לא״ר סימן קי״ד חלק עליו כיון דיש מחייבי׳ בדבר שאינו קצוב ראוי להחמיר בשבועה עיין שם משמע דלדעת הרמב״ם לא נשתעבד אפילו בשבועה לכ״ע אבל מהרש״ך חלק שני בנוספות סימן כ״א כתב דהרמב״ם מודה דחייב לקיים שבועתו כדברי הרדב״ז וכ״כ הש״ך בסימן ע״ב סק״ג ע״ש גם מהרח״ש סימן ל״ה כתב דחלקו על מהריב״ל וכן עשינו מעשה עיין שם :

ג׳ אם אין השבועה בשעת החיוב אלא אחר כך תלוי במחלוק׳ הסמ״ע והש״ך בסימן ע״ג סקל״ו וכתב ה׳ כרם שלמה חא״ה סימן כ״ו דאפילו הוי ספק צריך לקיים שבועתו דס׳ שבועה להחמיר ועיין שם עוד בסימן כ״ח :

ד׳ דין ב׳ המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב וכו׳ כ׳ הרשב״ש סימן רמ״ג בא׳ שגירש אשתו מעוברת וכתב שטר וז״ל הוו עלי עדים וקנו ממני בק״ג וכולי ותנו ביד בעלי להיות בידו לראייה ולזכות מחמת שרציתי וכולי ומחלתי לו מעכשיו כל דין שיתחייב לי עליו וכל זכות שיש לי מחמת העובר היולד וכו׳ אם בן הוא אתחייב אני בכל מה שצריך בין מזונות וכולי וחיוב זה חייבתי עצמי מעכשיו ולעולם וכולי מחלתי לו מחילה זו מחילה גמורה וכולי תשובה שטר זה בטל הוא ואין צ״ל לדעת הרמב״ם שכתב בפי״א מהל׳ מכירה שהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב וכולי אלא אפילו לדעת הרמב״ן שאמר שחייב דוקא כשאמר בל׳ חיוב אבל בל׳ מחילה אינו כלום שאין ל׳ המחילה נופל אלא על דבר שהוא חייב לו עתה ומחלו לו אבל במה שאינו חייב לו עדיין אינו כלום ואפי׳ מחלו מעכשיו וכולי וזה השטר אע״פ שכתוב בו בתחלה ל׳ מחילה ובאמצע לשון שעבוד בטל האחרון את שלפניו שהרי כ׳ לבסוף לשון מחילה וכו׳ ע״ש :

ה׳ דין ג׳ כל ימי חייו וכולי וכן כתב הרשב״ץ חלק שלישי סימן ק׳ עיין שם :

ו׳ דין ו׳ המחייב עצמו בדבר שלב״ל וכולי וכן כתב הרשב״א בתשו׳ חלק שלישי סי׳ ס״ה ע״ש וה׳ בני יעקב ד׳ ז׳ ע״ג הק׳ מתשו׳ מהר״ם שכ׳ המרדכי בפ״ק דמליעא על ראובן שהיה לו בן קטן ושמעון היתה לו בת קטנה וא״ל לכשיהיה בנך ראוי לקדש אם לא אקבל קידושי בתי אתחייב לך מעכשיו ד׳ זקוקים ונתקדשה הבת לאחר אחר מיתת אביה ורצה בתחלה לפוטרו מטעם דתלה התנאי בדבר שלב״ל וכו׳ וא״א אפילו חשיב התנאי בדשלב״ל במקנה דשלב״ל חייב משום דהוי בלשון חיוב שא״ל אתחייב לך וכולי עיין שם ולפי מה שהסכים הרב שם דל״א דאם מת המתחייב קודם שבא לעולם היורשים פטורים כמ״ש ה׳ כנה״ג וכן נראה דעת מהרשד״ם עש״ב נראה דלק״מ על מהר״ם שרצה לפטור היורשי׳ משום דמת אביהם קודם שחל התנאי דהוי כדשלב״ל ומה שהוכיח הרב דל״א לכאורה מדברי מהר״ם דפטריה מטעם אונס דהוא גם כן לא נתחייב הא לא״ה היורשים חייבים ע״ש ליתא דה״ד משום דהתנאי בדשלב״ל לא חשיב כמקנה דשלב״ל כיון דהמתחייב והמקבל בעולם רק התנאי דשלב״ל קנה אבל מחייב עצמו ליתן דבר שלא בא לעולם ומת קודם שבאו לעולם היורשים פטורים כיון דלא חל החיוב ולכך למאי דס״ד דמהר״ם התנאי בדשלב״ל חשיב כמקנה דשלב״ל רצה לפטור היורשים וכן ראיתי לה׳ אורים ותומים סק״י שכ״כ עיין שם אבל ראיתי לה׳ פרח מטה אהרן ח״א סימן ע׳ שהוכיח דהיורשים חייבים מדפרכי׳ בס״פ מי שמת גבי נפל הבית עליו ועל אביו וכו׳ פ׳ מת הבן ואחר כך מת האב מאי הוי נימא להו ב״ח ירושת אבוהון שקילנא דהיינו בדכתב דאקני וכו׳ ונשתעבד בדבר שלב״ל ומת וא״א כיון דנכסים לא באו ליד אביהם שמת קודם פקע שעבוד ב״ח אלא ודאי היורשים חייבים בחיוב מורישם ע״ש באורך :

ועוד דנראה דמחייב עצמו מעכשיו לכ״ע אפילו מת קודם שבאו לעולם חייבים היורשים שהרי כת׳ הכנה״ג ואפשר שזה תלוי בפלוגתא דפליגי רבוותא בשעבוד דאקני אם קודם שבאו לעולם יכול לחזור או לא ע״ש ונראה דהרשב״א דסבירא ליה בשעבוד דאקני דיכול לחזור קודם שבא לעולם ה״ד כשלא אמר מעכשיו אבל במעכשיו אינו יכול לחזור שהרי הביא ראיה מקנין פירות דקל דאפילו לר״מ דסבירא ליה אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכול לחזור קודם שבאו לעולם וה״ה בשעבוד לרבנן דלא עדיף שעבוד לרבנן מקנין לר״מ ע״ש ובחי׳ לקידושין בפ׳ האומר כתב דאומר מעכשיו לכשאקחנה אינו חוזר ומיד שלקחו קנאו דכל שיקנה לרבנן בדבר שבא לעולם קנה לר״מ בדבר שלא בא לעולם ור״י דאמר עד שלא באו לעולם יכול לחזור בו בדלא אמר מעכשיו מיירי ע״ש ואם כן הכא נמי שעבוד לרבנן לא גרע מקנין לר״מ דבדאמר מעכשיו אינו יכול לחזור בו וה״ה דאפילו מת קודם שבא לעולם חייבים היורשים :

ושוב ראיתי לה׳ בני אהרן בסימן רמ״א בדף קכ״ד שכ׳ בשם הר״ן בחי׳ לפ׳ השולח כדברי הרשב״א וסיים וז״ל ואף על גב דהא קי״ל דאין אדם מקנה דבר שלב״ל אפ״ה דאקני משתעבד כדאיתא בב״ב דהיכא דכתב ליה מעכשיו ל״מ למהדר ביה אבל היכא דלא כתב ליה מעכשיו משמע דמצי למהדר ביה דלא עדיף דאקני לדידן מדבר שלא בא לעולם לר״מ דסבירא ליה אדם מקנה ואפ״ה כל שלא באו לעולם יכול לחזור בו והכא נמי לדידן כל שלא קנאם יכול לחזור בו אבל אי כתב ליה מעכשיו ל״מ למהדר ביה עכ״ל הרי בהדיא כמ״ש ואף לדברי הרב כנה״ג דאפילו למ״ד בשעבוד דאקני אינו יכול לחזור במת מודה דהיורשים פטורים ה״ד בדלא אמר מעכשיו שהרי הרשב״א ס״ל דכל שקנו לרבנן בדבר שבא לעולם קנה לר״מ בדבר שלא בא לעולם ואם אמר מעכשיו ולאחר ל׳ יום אפי׳ מת קודם שלשים יום ודאי דוכה המקבל והכא נמי לר״מ בדבר שלא בא לעולם וה״ה בשעבוד וכ״ש למ״ד דשעבודא לרבנן עדיף מקנין לר״מ ואינו יכול לחזור בו קודם שבא לעולם וכן כתבו התו׳ בבתרא דקנ״ז בד״ה דאקני וכולי דאפילו לר״מ עדיף שעבוד מקנין עיין שם ועיין בהש״ך סי׳ קי״ב ס״ק י״ב ולכאורה ק׳ מדאמרינן בפ׳ י״כ לרבנן יכיר למה ליה וכו׳ אלו בעי למיהב ליה במתנה מי לא יהיב ליה ל״ן בנכסי׳ שנפלו לו לאחר מכאן ולר״מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכיר ל״ל בנכסי׳ שנפלו לו כשהוא גוסס ע״ש וא״א הו״ל להק׳ אפי׳ לרבנן דאין אדם מקנה דשלב״ל נאמן במגו שיכול לחייב עצמו דאפילו נפלו לו אחר מיתה חייבים היורשים ומהרימ״ט סי׳ פ״א תי׳ דלא רצה לשעבד עצמו בלשון חיוב דאם כן אם יאבדו הנכסים חייבים היורשים באחריותם משא״כ מתנה דאינו חייב באחריותם ול״מ להשתעבד ע״מ שלא יהא חייב באחריותם דהוי תנאי ומעשה בדבר א׳ דמיד שחייב עצמו נתחייב באחריות והתנאי אינו כלום ונדחק בהא דאמרי׳ סוף מנחות נעשה כאומר

כאומר הרי עלי עולה ע"מ שלא אתחייב באחריות והרב פרח מטה אהרן השכים עמו ע"ש וכבר הק' עליו הרב בני יעקב ד' ז' ע"ד הפס דאם הקריבה בחוץ חייב כרת משום דהרי קרא עליה שם עולה וכן פסק הרמב"ם בפ"ד מהלכו' מעה"ק אלמא חל עליה שם עולה וכן אמרי' בפ"ק דר"ה מוקמי' מתני' באומ' הרי עלי עולה ע"מ שלא אתחייב באחריות עיין שם בתוס' גם מהר"ם בתשו' הארוכות סי' רכ"ע כ' המרדכי בס"פ האומנים כ' במלוה על המשכון שהוא ש"ש ובשעה קבלת המשכון אמר איני מקבל אחריות עלי כתב וז"ל נ"ל דאפילו ש"ח לא הוי וכו' כ' דמשמע בפ"ב דמנחות הרי עלי עולה ע"מ שאקריבנה בבית חוניו וכולי נעשה כאומר הרי עלי עולה ע"מ שלא אתחייב באחריות אף על גב דכי אמר הרי עלי עולה מחייב אפילו באונסים אפ"ה כי הדר אמר ע"מ שלא אתחייב באחריות אפילו בפשיעה לא מחייב ול"ל דוקא כי אמר ע"מ שאקריב בבית חוניו דהוי כאומר ע"מ שאהרגנה אבל אמר סתמא ע"מ שלא אתחייב באחריות לא מיפטר בפשיעה דהא ליתא דמתלי' טעמא נעשה כאומר ע"מ שלא אתחייב באחריות בכה"ג נמי דיינן הכי עכ"ל הרי דסבירא ליה דהתנאי דע"מ שלא אתחייב באחריות מהני ועוד דהא קי"ל דאם יצא עלייהו שט"ח הבכור פורע בו פי שנים ובמתנה גובה כולו מהיורשים ולא ממקבלי מתנה כמבואר בסימן רכ"ג וסימן רע"ח ואם כן מאי אלו בעי למיהב ליה מתנה וכולי אימא דלא רצה ליתן לו מתנה להפסיד בניו דאם יצא עליהם שט"ח היה גובה הכל מהיורשים לכך קאמר שהוא בכור לפרוע עמהם פי שנים אלא ודאי כיון אם הוא משקר מפסיד לבניו אמרי' מסתמא בעין יפה הוא נותן ולא חיים :

וראיתי להג' אורים ותומים סקי"א שכ' דלק"מ דאם אמר לשון חיוב אין עליו רק חיוב בעלמא ודינו כב"ח דאינו גובה מטלטלין מהיורשי' דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי לב"ח ואף על גב דיכול לשעבד מטלטלי אגב מקרקעי מכל מקום אם אין לו קרקע לא קנה ואי ק"ל לדעת הרשב"א דמטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח מדאורייתא לק"מ דהוא ס"ל דשעבוד דאקני יכול לחזור בו קודם שבא לעולם ואפשר דס"ל כמ"ד לקמן בסימן קי"א ס"ך דגם יורשים בעי' דאקני וא"כ בחיוב עצמו יכול לחזור קודם שבאו לעולם ואין היורשים חייבים עי' שם באורך ונראה דאפי' לא כתב דאקני אם קנה והורים גובה מהם ה"ד מיורשים גדולים משום דמלוה עליהם לפרוע חוב אביהם אבל יורשים קטנים דלאו בני מעבד מלוה נינהו אינו גובה מהם כמבואר בדברי הר' יונה שאכתוב בסי' קי"א עיין שם ועוד דה"ד בחוב דמהלוה עצמו גובה אפילו לא כתב דאקני משום דשעבודא דאורייתא מניה דאפילו מגלימא דעל כתפיה וכהאי גוונא כתבו התוספו' סוף בתרא בד"ה דבר תורה וכו' דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אפי' כ' לו אחריו' היינו דוקא בשעבוד לקוחות אבל מה שהם ביד הלוה לכ"ע שעבודא דאורייתא עיין שם והכא נמי גובה מהיורש דכרעא דאביה הוא אבל במחייב עצמו ליתן דבר שלא בא לעולם וחזר בו קודם שבאו לעולם פשיטא דאין המקבל גובה אפי' מהנותן עצמו וכל שכן מהיורשים ואם כן א"ל איצטריך קרא דאם היורשים קטנים לא היה גובה מהם מיהו כבר הוכחתי דהרשב"א לא סבירא ליה בשעבוד דאקני דיכול לחזור אלא כשלא אמר מעכשיו אבל אם אמר מעכשיו אינו יכו' לחזור ולא גרע מקנין לר"מ עיין שם :

סימן ס"ב

דין א' הג"ה ואפי' אלמנה וכו' עיין בהש"ך ובמגלת ספר עשין מ"ח דנ"ח :

סימן ס"ה

א' דין א' היה יכול לגבות בו וכולי כתב הסמ"ע דאין יכול לגבות בו עד שישבע שבועה חמורה כעין דאורייתא נגד זה לאמר שכבר היה בידו דכל שליש אף שיצא משליחותו הוי כעד א' עכ"ל והרב שפתי כהן כתב וצ"ע ול"ד לע"א מעידו שהוא פרוע שהוא מעיד בפי' שהוא פרוע משא"כ הכא שאינו מעיד בפי' שהוא פרוע וכו' עיין שם ועיין בתשו' הרשב"א חלק א' סימן אלף וקס"א שכ' וז"ל כל ששטר מכירה בידו נאמן שאילו רצה היה יכול לטעון שלא הושלש השטר ביד השליש מעולם ונאמר אחר שאין העדי' ללוי על זה ואפי' שבו' לא בעי שהרי בודאי תפיסת שטרו שהוא בידו מעידה שהשליש החזירו לו דאי לא היכי אתי לידיה ומדהחזירו לו הרי זה כמעיד שמן הדין היה לו להחזירו וכיון שכן אף שבועה אינו חייב דהא איכא חד סהדא דמסייעיה וכו' ואין לומר שאין סומכין על חזרת שליש דחוששין שמא השליש אינו בקי בדיני אסמכתא ואינו יודע שאינו רשאי להחזירו דבכי האי ליכא למיחש אלא במקום דאתיליד ריעותא וכו' עכ"ל ונראה דאפי' היה השליש מכחישו אין צריך לישבע כיון דהשטר בידו ודאי החזירו לו כדין והוי כעד אחד מסייעו וכ"כ בתשו' חלק שני סי' ד' וז"ל אבל עכשיו שאין שליחות יוצא מתחת ידו אינו נאמן אלא הרי הוא ככל אדם ואין היחיד נאמן לפסול שטרו של זה וכו' דשטרו דנתון בידו מוכיח על קיום תנאו שאל"כ היאך בא שטר זה לידו אם תאמר שנפל מיד השליש ומלאו זה הא קיי"ל דלנפילה לא חיישינן וכו' ולשמא יעשה השליש שלא כדין והחזיר לו את השטר בלא קיום התנאי לא חיישינן שהשליש נאמן לומר שקיים התנאי ואין לך מודה שקיים גדול מנתינת השטר ליד זה ומה שטוען עכשיו השליש שהמפקיד הכריחו אינו נאמן בכך אחר ששטר זה בידו וכולי עכ"ל אם כן נראה דהכא נמי כיון שהשטר בידו וטוען (א"ה עכ"מ והשאר קרוע והדבר מובן :

ב' דין ג' ואם שניהם רוצים יעשה כמאמרם וכולי הסמ"ע כתב צריך מיהא שבועה עיין שם והב"ח הבין דאפילו לוה מודה למלוה לא יחזיר בלא שבו' והשיג עליו והסכים עמו ה' ש"ך עש"ב ובדברי הפרישה מבואר דאם מודים זה לזה שהוא שלו ודאי דיחזי' בלא שבועה כיון דלא חיישינן לקנוניא אלא אם אינו מודה זה לזה שהוא שלו אלא כל אחד יאמר שלי הוא יש תיקון להחזיר דכל אחד יכול להכריח לשני שישבע שכדבריו כן הוא ואם אינו רוצה לישבע יחזיר השליש השטר ליד זה שתובע ממנו השבועה ובזה צריך שיתרצה זה לזה דהיינו שאם אמר המלוה ללוה השבע וטול השטר יכול הלוה לו' למלוה השבע אתה וטול לך השטר ואם יתחיל הלוה ואומ' אני אשבע שכדברי כן הוא ואטול השטר יכול המלוה לו' איני מאמינך בשבועה ובזה יהיה מונח השטר ביד שליש ולא יחזיר אלא אם כן האמין המלוה ללוה והלוה רצה לישבע עיין שם באורך ואם כן אם מודה אחד לחבירו ודאי יחזיר בלא שבועה אבל אם כל אחד אומר שלי הוא אלא שהמלוה אומר ללוה השבע שהוא שלך וטול השטר והלה

והלה טוען השבע אתה וטול ולא רצה לישבע אין מחזירין אותו אלא יהיה עד שיבא אליהו וזה לשון הרא"ש בתשו' כלל ק"ה אבל אם יאמר המלוה ללוה אתה אומ' שפרעת את השטר או כולו או מקצתו השבע שהוא כדבריך ויחזי' לך השטר צריך הלוה לישבע היסת שהוא כדבריו אם הוא טוען שפרע כולו ואם הוא אומר שפרע מקצתו ישבע שבוע' דאורי' ואם אינו רוצה לישבע יחזיר השטר למלוה וכולי ואם יאמר הלוה אישתבע לי שלא פרעתיך צריך לישבע שלא פרע וכו' ואם אינו רוצה לישבע יחזי' השטר ללוה עכ"ל וכו' דאם טען המלוה ללוה השבע לי שפרעת וטול השטר ושתק הלוה ולא רצה לישבע מחזירין השטר למלוה ואם טען הלוה למלוה השבע לי דלא פרעתיך ושתק ולא רצה לישבע מחזירין השטר ללוה דמוכח' מילת' שהו' פרוע מדלא רצה לישבע אבל אם טען הלוה על המלוה לישבע והמלוה לא רצה שישבע הלוה ויפטר ולא רצה הלוה לישבע יהא השטר מונח ביד שליש :

ג' דין י"ג צריך להביא ראיה וכו' כת' הסמ"ע כיון דאיתרע בנפילה חיישינן לקנוניא שאין דעתו לפורעו בו וכו' ומשום הכי לא סגי כשמביא ראיה שבא לידו קודם הנפילה דאכתי איכא למיחש לקנוניא וכו' ומבוא' בדרישה הטעם דאפילו ידוע שבא לידו קודם הנפיל' וממנו נפל מכל מקום אמרינן כיון דלא נזהר בשטרא ודאי לא נתנו לידו לשם מתנה אלא לקנוניא ועוד אפילו בא לידו לשם מתנה כיון דאיתרע בנפילה לא מוקמינן ליה אחזקתיה שבא לידו מיום הכתיבה ואם כן הוי שטר מוקדם דאין טורפין ממשעבדי עיין שם באורך הרי דסבירא ליה דאינו טורף בו אפילו מזמן שראו בידו דשטר מוקדם פסול טרוף בו אפי' מזמן שני כמבואר בסי' מ"ג עיין שם ועיין בספר בני יעקב דף ל"ב עמוד שני שכתב ראייה לדברי הרמ"ה מדאמרינן בגמרא גבי גט אשה כי אתיא למיטרף א"ל אייתי ראייה אימת מטא גיטא לידך ומ"ש משט"ח וכו' התם נמי להדר וכי אתי למיטרף נימא ליה אייתי ראייה אימת מטא שט"ח לידך וכולי משמע אפילו לא בא לידו מזמן הכתו' בו טורף ולדעת הטור י"ל אייתי ראיה שנמסר בזמנו וכולי ודוחק עיין שם ולא זכר דהטור ס"ל הכא דצריך להביא ראייה שבא לידו מיום הכתוב בו :

ד דין ט"ז ויפרע לו החצי וכולי משמע דיפרע לו חצי החוב כמו שכתוב בשטר אבל רי"ו נ"ג ח"ה הובא בב"י כתב וז"ל כשהלוה יתן חלקו המגיע למלוה לא כפי הכתוב בשטר כי יש ק"ק אינן שוה אלא ק' אלא אומדין כמה שוה השטר ולפ"ז יפרע לו חלקו וכן עיקר עיין שם וכן כתבו התוס' בפ"ק דמציעא דף ז' עמוד שני בד"ה ויחלוקו וכולי וז"ל ואין חולקין את החוב כמו שכתוב בשטר אלא כמו ששוה לו למכר מזה יפרע החצי דאי לא תימא הכי אלא חצי החוב ממש גבי טלית מי חולקים ממש וכולי ולא גרסי' לא דפסקינן לשטרא דאם כן מה וכולי ע"ש וזה דעת רי"ו ותמהני על מרן איך השמיט דין זה וז"ל הרמב"ם בפי"ד מה' מלוה דין י"ד וישלם הלוה מחצה וכולי משמע דישלם לו כמו שכתוב בשטר :

ה' האוחז בתורף נוטל יתרון הממון ששוה התורף על הטופס וכו' כתב המ"מ בפי"ד מה' מלוה דין י"ד ודברי רבינו כדברי ההלכות שלא חילקו בין טופס לתורף אלא כיון ששנים אדוקים בשטר יחלוקו כר"י דאמר לעולם חולקין וכן דעת בעל העיטור ואולי היתה להם גירסא אחרת בסוגיא דגמרא שם עיין שם וה' גד"ת דקי"ג כתב דהם מפ' נמי כפי' רש"י דר"א לא קאי אלא לרשב"ג אבל לר' דס"ל דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו אין חילוק בין תורף לטופס דכך שוה זה כמו זה ולכן קי"ל כרבנן עיין שם ובירושלמי אמרי' תניא שנים שהיו תפוסים בשטר זה אומר שלי ואבד ממני וזה אומר שלי הוא שפרעתיו לך יתקיים השטר בחותמיו ד"ר רשב"ג אומר יחלוקו אר"א הכל הולך אחר התפוס בעדים אמר רב חסדא אין שמעו תניא אתיית כר' שמעון וכ' ה' פני משה שם אם שמעת אתה לחלק כן אתיית כרשב"ג כלומר אליבא דרשב"ג איכא למימר הכי אבל לרבנן הכל הולך אחר השטר עיין שם :

סימן ס"ו

א' דין א' הג"ה מוציאין מן הלוה וכו' בש"מ לקמא דף מ' כ' ה' המאירי וז"ל יש מי שאומר הואיל והלכה כר"נ המוכר שט"ח לחבירו אע"פ שלא כ' ומסר וכו' יכול להוציא מיד הלוה וכו' יש חולקים דאפי' לענין אותם המעות צריך כתיבה ומסירה שלא עמדו דברי ר"נ אלא בשאין נכסי' ללוה וכולי והילכך צריך כתיבה ומסירה לזמן שיש נכסים לראובן ולוי אינו רוצה לחזור על ראובן מפני שהוא קשה לו ואם לא כתב ומסר אין לוי יכול לחזור על זה וחכמי הדור כ' שמוכר שט"ח לא שייכא בדר"נ כלל שלא אמר ר"נ מוציאין וכו' אלא בנושא בחבירו וחבירו בחבירו שהמלוה שעבד עצמו וכל המשועבד לו למלוה אבל מוכר שט"ח אינו משועבד לו כלום אלא שמוכר לו את החוב ואם אין נכסים ללוה הניח מעותיו על קרן הצבי ואין לו לחזור על המוכר הילכך אין כאן שעבוד כלל ואין יכול לקנות שעבודו של לוה אלא מכח השטר שמכר לו ולפיכך צריך כתיבה ומסירה עכ"ל :

ב' דין ח' שטר משכנתא להר"י ן' מיגש וכו' הש"ך הביא דברי בעה"ת וכ' ואם כן משמע דקי"ל התם עיקר דיכול למחול אם כן קיימא לן הכא כהגאונים עיין שם ונראה דט"ס וצ"ל למאי דקיימא לן התם עיקר דאינו יכול למחול והיינו כמו שסתם מרן לקמן ס"ל דאינו יכול למחול וכן כתב בסימן ק"ח דגובה מיתומים בלא שבועה עיין שם והכא נמי אין צריך כו"מ וכתב מהריט"ץ סימן קס"ז דה"ד כשמכר השטר אבל אם מכר לו הכח והשעבוד שיש לו בגוף הקרקע לכ"ע אינו יכול למחול ואין צריך כו"מ עיין שם וליתא שהרי כתב התוס' בפ' המוכר את הספינה בד"ה קני לך וכו' וז"ל וא"ת אמאי לא קני מדאורייתא גם שעבוד הקרקע הכתוב בו דהא קרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה ואפי' בלא מסירת שט"ח יקנה וי"ל דכמו שאינו יכול להקדישו כדמוכח בפ' כל שעה כיון שהקרקעות אינם ברשותו כך אינו יכול להקנות מן התורה וכולי וכן כתב הרא"ש שם עיין שם הכא נמי אפילו ממושכן אלו אינו יכול להקדישו כמבואר בדברי הרז"ה והרמב"ן במלחמות בפ' כל שעה דלכ"ע הקרקע בחזקת בעליה עומדת עד שעת גבייה ואין המלוה יכול להקדיש ולא למכור אלא כשא"ל אם לא נתתי לך לזמן פ' הרי היא שלך מעכשיו והיינו משום דאלו הוה ליה זוזי הוה מסלק ליה ואפילו לאביי ה"ד כיון דמטא זמניה ולא פרעו קנאה למפרע ושפיר הקדיש ושפיר זבין אבל אם כשפרעו בזמנו ואין מכירתו כלום ואם כן אינו יכול למכור השעבוד שיש לו בגוף הקרקע מדאורייתא אלא מדרבנן ואם כן יכול למחול וצריך כתיבה ומסירה :

ג' דין יו"ד המקנה לחבירו קרקע כ"ש והקנה לו אגבה שט"ח וכו' ה"ד שיקנה לו שניהם

כאחד

לאחד כמ"ש בסימן ר"ן סי"ז דברי הרמ"ה והרב יונה והכ"י עש"ב :

ד' והוא שיאמר לו ע"פ וכו' כ"כ הטור בשם תשו' הרא"ש וז"ל הרשב"א בתשו' חלק שני סי' ל"ו וז"ל ועוד דשטרות לא קנה דהא אפילו בכתיבה ומסירה בעי' שיכתוב לו קני לך וכו' ואפילו באגב כן דמאי דאמרינן בפ' הספינה אגב שאני אינו אלא לומר באגב לא בעינן כו"מ ומכל מקום די לאגב שיהא כמסירה וכתיבה אבל טפי ממסירה וכתיבה לא הוי ואילו בכו"מ לא קנה אלא לגור ע"פ ללותיתו וכו' עיין שם :

ה' דין י"א ואם טוען שמעון שפרע ללוי וכו' הרשב"א בתשו' ח"ד סימן קס"ה גבי מלוה גוי שמכר שט"ח לראובן וטוען הלוה שפרע לגוי כתב וז"ל ואומר פרעתיו למלוה יבא המלוה וישבע לי שלא פרעתיו לא אמר כלום ואין חוששין לו ואין לוקח זה כאומר איני יודע אם הלויתיך ואם נתחייב לי אם לא דכיון ששטרו בידו חזקה לא פרעו דאם כן שטרו ביד מלוה מאי בעי ואם א"א אומר כן אף היורשים לא יעגו שט"ח שהניח להם אביהם שיטעון הלוה פרעתי את אביכם והיורשים אין להם טענת ברי שלא פרע וחזרו דהיותן כאומר איני יודע אם הלויתיך אם לאו וכ"ש אם לא הגיע זמן הפירעון כשמכרו לראובן וכולי ועוד אני אומר שאפי' בא המוכר והודה שפרעו אינו נאמן שאם פרעו ויש לו יחזיר המעות שנטל הלוה ואם אין לו חוששין לקנוניא ובמקום שחב לאחרים אינו נאמן וכולי עיין שם ונראה דמיירי כשלא בא המלוה לישבע דומיא דיורשים דאם טען הלוה שפרעו אין חוששין לו לעכב הפירעון דחזקה לא פרעו דאם כן שטרו ביד מלוה מ"ב אבל אם המלוה בא ולא רצה לישבע פשיט' דחייב לשלם כל מה שבשטר אבל אם הודה שפרעו אינו משלם כל מה שבשטר אלא מחזיר לו מה שנטל ממנו :

ו' שם אינו נאמן מרן הב"י א"ה סימן ל"ו כ' דאם אמר שנתנו לו במתנת שכיב מרע משמע דנאמן לדעת הרמב"ם והרא"ש דסבירא להו דאם נתנו במתנת שכיב מרע א"ל קני לך וכולי וכתב הס"ך ול"נ דזה לא תלוי בזה דאף על גב דסבירא להו דא"ל קני לך וכו' היינו כשידוע שנתן אבל מ"מ אינו נאמן שנתנם לו במתנת שכ"מ הדע דהא מוכיח כן מעובדא דמלוגא דשטרי דפרק הכותב ומהתם יש להוכיח דבמתנת שכיב מרע נמי אינה נאמנת דאל"כ היתה נאמנת הך איתתא דמתיים תפסה במגו זה וכן כתב הרשב"א בתשובות וכו' ול"ל דהרשב"א אזיל לטעמיה בשכיב מרע ל"ל קני לך וכו' דמה חי' יש בזה לענין ראיה עיין שם באורך וליתא שהרי הראב"ד בס' תמים דעים סימן רל"ח דף כ"ד סע"ב והביאו בעל התרומות שער כ"א חלק ח' סי' ג' כ' וז"ל ומאי דטענו ואמרו ליהמנה במגו דיכולה למימר אג"ק נתנס לי דלא צריך כתיבה הא נמי לאו טענה היא משו' דבעי' לאתויי ראיה בהקנאת הקרקע וכו' אלא שנשאר לנו טענה אחרת שהרי יכולה לומר במתנת שכיב מרע נתנס לי ואין צריך עוד לשום דבר אחר שהשטרות נקנות בכך לגופן וכולי וא"ת צריכא להביא ראייה ע"ז ליתא דהא קי"ל כרבא דאמר בפ' ג"פ אותיות נקנות במסירה רבא אמר אין צריך להביא ראייה וקי"ל כרבא וכולי עיין שם הרי דסבירא ליה דנאמן לומר במתנת שכיב מרע נתנתם לי מה"ט כיון שהשטרות נקנות בכך וא"ל לדבר אחר אבל באגב קרקע צריך ראייה ואם כן לדעת הרשב"א דשכיב מרע נמי ל"ל קני לך וכו' צריך להביא ראייה אבל לדעת הרמב"ם דשכיב מרע א"ל קני לך וכו' והשטרות נקנות במסירה לבד א"ל ראיה דהא קי"ל כרבא דאותיות נקנות במסירה אין צריך ראייה על המסירה ודוקא לדידן דצריך גם כן כתיבה הוא דצריך ראייה כמ"ש הרשב"א שהביא הב"י וכן מצאתי להרשב"א בתשו' חלק שני סימן מ' וז"ל ומאי דאסתפק ליה למר בהאי אי חיישי' אם קנאו יעקב מורישו ליתא לדידן דקי"ל אין אותיות נקנות במסירה דודאי צריך הוא להביא ראיה על המסירה דהתם כיון שהוא יוצא מתחת ידו חזקה מיד הבעלים נמסר לידו כדין חזקת שאר מטלטלין שחזקתם מוכחת על מסירתן משא"כ בכתיבה שאין החזקה ראיה על הכתיבה עכ"ל ואם כן הכא נמי במתנת שכיב מרע לדעת הרשב"א דל"ל קני לך וכולי צריך ראיה שאין החזקה ראיה על האמירה אבל דעת הרמב"ם דא"ל קני לך וכולי אין צריך ראיה דהזק' מיד בעלים נמסר בידו כדין שאר מטלטלין שחזקתן מוכחת על מסירתן והיא דפ' הכותב אפשר כתי' הראב"ד שם וז"ל הרמ"ה בפ' ג"פ סימן קי"ז אבל היכא דליכא עדים אלא איהו הוא דקא טעין דבמתנת שכיב מרע יהבי' ניהליה אף על גב דנקנה ליה לשטרא גופיה בידיה לא מהימן אלא בראייה ואף על גב במתנת שכיב מרע באמירה בעלמא קניא ואף על גב דלא משך וכל שכן היכא דמשך לא מהני' משיכת השטר ליהמוניה עילויה דכי מהניא משיכת השטר ליהמוניה אגופיה דשטרא דקאי תותי ידיה אבל ליהמוניה אגופיה דממונא דכתיב בשטרא כיון דגופיה דממונא ליתי תותי ידיה לא מהני וכולי וכי תימא א"כ לטעמיה דרבא דאמר אותיות נקנות במסירה מהימן אגופיה דממונא ה"נ לטעמיה דרבא דסבירא ליה דאותיות נקנות במסירה דכיון דמהני' מסירת השטר למקנא זכותא דאית ביה אשתכח דכי נקיט ליה לשטרא כמאן דנקיט ליה לגופיה דממונא ואמטו להכי מהימן עילויה אבל לדידן דסבירא לן דאין אותיות נקנות במסירה אלמא לא מהניא מסירת השטר למקנא זכותא דאית ביה לא בבריא ולא בשכיב מרע וכולי ואי בשכיב מרע אף על גב דלא מסר נמי קני ואף על גב דמסר ליה שטרא לאו מחמת ההיא מסירה קא קני ליה לזכותא דאית ביה דהא אף על גב דלא מסר נמי קני אלא משום דדברי שכיב מרע ככתובי' וכמסורים דמו וכו' וכיון דכי קני ליה לזכותא דאית ביה לאו מכח מסירת השטר קני ליה אשתכח דכי נקיט ליה לשטרא לאו כמאן דנקיט ליה לגופיה דממונא דמי וכולי עכ"ל הרי דסבירא ליה דשכיב מרע א"ל קני לך וכו' ואפ"ה אינו נאמן לומר במתנת שכיב מרע נתנו ליה :

וה' גד"ת הק' דאם ס"ל דרבא למ"ד אותיות נקנות במסירה קאמר אבל לדידן דצריך כתיבה ומסירה צריך ראייה אם כן מאי מייתי מינה הראב"ד ואם סבירא ליה דרבא לכ"ע קאמר דאין צריך ראייה אם כן בלא טענת שכיב מרע תק"ל בטענת לקוח הוא בידי אמאי אינה נאמנת וכן אמאי אינה נאמנת לומר אגב קרקע נתנס לי הא קיימא לן כרבא ותי' דסבירא ליה דאותיות שהם נקנות במסירה כגון גבי שכיב מרע פליגי ורבא סבירא ליה כיון דבמסירה לבד נקנות אין צריך ראייה כיון שהוא מוחזק בהם עיין שם וה' עדות ביעקב סימן קמ"ח דחה דבריו ונדחק דסבירא ליה דאם טען לקוח הוא בידי ואבד השטר נאמן אבל אינו נאמן בטענה אחרת במגו דלקוח דטענת לקוח גרועה ואם טען כן נאמן אבל לענין מגו לא מהניא עיין בם באורך וליתא דאם נאמנת לומר לקוח אף על גב דטענה גרועה היא הכא נמי נאמן בטענה אחרת במגו דלקוח שהרי

כתבו

כתבו התוס' בריש גיטין בד"ה ואם וכולי וז"ל ומיהו מזה אין להוכיח דאפי' לא טעני' להו מזוייף טעני' להו פרוע כיון שהוא עצמו יכול לומר פרעו במגו דמזוייף וכו' ע"ש אלמא אף על גב דטענת מזוייף ונאמנו לא שכיחי ונאמן בטענה אחרת במגו דמזוייף ונאמנו וכ"ש בטענת לקוח דהא מזוייף ונאמנו איכא מ"ד דלא טעני' להו ליורשים אבל טענת לקוח ואבד השטר לכ"ע טעני' ליורשים ואם כן פשיטא דנאמן בטענה אחרת במגו דלקוח גם ל' הרי"ף שכתב ולא יכולה למימר לקוחי' וכו' משמע דאפי' טענה כן אינה נאמנת עיין שם ונראה דהראב"ד סבירא ליה דאביי ורבא פליגי אליבא דמ"ד אותיות נקנות במסירה וכ"מ למתנת שכיב מרע דאין צריך ראייה אבל בברייתא לדידן דצריך כו"מ צריך ראייה על הכתיבה ומצאתי להרשב"א בתשו' חלק שני סימן מ' שכתב וז"ל ועוד נ"ל ללמוד עליה למ"ד אותיות נקנות במסירה אליב' דרבא דאמר אין צריך להביא ראייה על המסירה אלו יורש שמצא שטר של אחר בין שטרותיו של מורישו ודאי שטר בחזקת יורש וטעני' לקוח הוא אצל מורישו וגובה בב"ד כדין שאר מטלטלין שאין צריך כתיבה שמעמידים אותם בחזקת מי שנמצאו בידו ולא חיישי' שמא בשאילות באו לידו ע"ש :

ז' דין י"ז (א"ה זה שייך בח"א לדין י"ז בהגה אין המוכר יכול להוציא וכו' אחר דברי הרמ"ה בפ' ג"פ סימן ק"ז וז"ל מיהו אי שט"ח וכולי שכתוב בפנים דקי"ח עמוד שלישי בסי' יו"ד) ונראה דהרמ"ה סבירא ליה דבכל דבר נאמן דלא חליף אינש ליטול ממון של חבירו אפילו שלא בפניו וכן כתב בפרק ח"ה סימן כ"ו וז"ל וש"מ דמאן דעייל לרשותא דחבריה שלא בפניו ושקל מהתם מדעם בפרהסיא שלא כדרך גניבה וגזילה וטען דזבניה ניהליה או דיהביה ניהליה במתנה וכו' מהימן בשבועה דלא חליף איניש למשקל מידי דלאו דיליה דהא ר"ז יליף מהאי דינא דדיקלא לדינא דפירי אלמא הכי דינא בכל מילי עכ"ל וכן השיג הראב"ד בס' תמים דעים סי' רל"ח דל"א ע"ב עיין שם באורך וזה כדעת הגאון בתשו' שכ' הרי"ף בפ' כל הנשבעין וכו' אבל לדעת הרי"ף שם דאם נטל מרשות חבירו שלא בפניו אינו נאמן לומר לקוחים הם בידי וכן פסק הרמב"ם והטור ומרן בסימן ל' סי"ד עיין שם הכא נמי בשטר אינו נאמן לומר אתה א"ל ליטול לעצמי אא"כ גבה בפניו :

ח' דין כ"א הג"ה אבל לא יוכל להעיד על פה וכו' כ"כ בעה"ת שם דדוקא שחתמו דנעשה כמי שנחקרה עדותן אבל שיבא ויעיד לא ומה שפסק' הרב גד"ת דמאי אתא לאשמועי' שהרי ודאי נוגע גמור הוא כי להעמידה ליד עצמו הוא רוצה עיין שם עיין בהסמ"ע סימן ל"ה ס"ק כ"א והט"ז שהביאו משם הריב"ש בסימן ר"י הובא בד"מ דהיינו דוקא לאחר שחתמו בשטר אבל אם קודם שחתמו העדים בשט' אלא שחתמו בספר הזכרונות של הסופר ותנהו המלוה לאחד מהעדי' לא יוכל לחתום אחר כך את העד מחמת שנוגע בעדות לחתום לכתחילה עיין שם ואפשר דבעל התרומו' בהכי מיירי וקמ"ל אף על פי שנכתב בס' הזכרונות של הסופר הוי נוגע בעדות :

ט' אבל אם מכרו לשני עדים החתומים בו חיישינן להכי ואם אין הלוה מודה אין יכולי' לגבותו כ"כ הטור בשם בעל התרומות והוא בשער כ"א ח"ה סימן א' עיין שם ומה שהק' הרב שפתי כהן ס"ק ע"א דא"א דבשנים חיישינן אם כן גם במכרו לא' ניחוש ואיך נאמר שהאחר לא היה מסכים עמו אם כן אנו נכשיר כל השטר על פה עד אחד עיין שם לק"מ כיון דאינו פסול רק משום חשד לומר שחתם לו כדי שיקנהו ממנו אחר כך אם כן כשיש אחר עמו ליכא משום חשד שהעד האחר לא היה מסכים עמו להעיד שקר בשבילו משא"כ אם מכרו לשניהם איכא חשד לשניהם שחתמו לשקר כדי שיקנהו ממנו אח"ך ולכך אם אין הלוה מודה אין יכולי' לגבותו אלא דאם כן מאי פריך בפ' התקבל דכ"ז בהא דא"ר הונא א"ר אמר לשנים אמרו לסופר ויכתוב לפל' ופ' ויחתום כשר ולא תיעשה זאת בישראל דחיישי' שמא תשכור עדים ומי חיישי' והתניא עדים החתומים על שדה מקח ועל גט אשה לא חשו חכמים לדבר זה עיין שם ומאי קו' הא הכא נמי אם מכרו לשנים חיישינן שמא חתמו לשקר כדי שיקנהו ממנו אחר כך ודוקא במכרו לא' מהם הוא דלא חיישי' לחשד משום שהעד האחר לא היה מעיד שקר בשבילו א"כ שפיר קאמר דחיישי' דשמא תשכור עדים דאפילו בשנים חיישינן אלא ודאי משמע דבשנים לא חיישינן וצ"ע :

יו"ד דין כ"ב שהשני נוח לו וכולי עמ"ש בסימן קכ"ג סי"א בש"ד :

י"א דין כ"ז נתנו במתנת שכיב מרע וכולי וכן מכרו רב האיי בס' המקח שער י"ג דף כ"ז עיין שם :

י"ב דין ל"ב הג"ה אין צריך לשלם אלא הדמים שנתן לו וכולי כתב הרב שפתי כהן ס"ק ק"ט וז"ל וכן מוכח לפע"ד בס' המקח לרב האי שער ל"ו שכתב שם מתחלה דמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול וכולי ואחר כך כת' אבל אם כתב השט"ח על שמו א"י למחול כדגרסי' אמר ר"ה בר יהושע אי פקח הוא וכולי אמר אמימר מאן דדיין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא וכו' אלמא דאפילו בלא אמימר צריך להחזיר לו מעותיו שנטל וא"כ לאמימר צריך לשלם לו כל דמי השטר ע"ש ולא נהירא מדהביא דברי ר"ה בר יהושע דאמר אי פקח משמע דס"ל הכי לדינא דאינו משלם אלא מה שנטל וכן מצאתי לר' האי בס' שערי צדק חלק שני שער ו' סימן ע"ו וז"ל והמוכר שטר חוב לחבירו וחזרו ומחלו מחול הדר לוקח עליה דמוכר אינו גובה ממנו אלא אותן דמים שנתן לו מ"ט דל"ד למוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינה שלו דיש לו מעות ויש לו שבח וכו' דמ"ל לשנויי לשטרא ומכתביה בשמיה וכיון דלא עביד הכי דין הוא שיטול מעותיו שנתן בשט' וכ"כ בסימן י"ט עיין שם ושוב ראיתי בש"מ לכתובות בפ' הכותב שכ' וז"ל וכן כתב הרמב"ן ומ"ש דדמי שטר מעליא כל מה שבתוכו כך פי' ר"ש ור"ח וכן בתשו' ר' האי גאון וכולי ע"ש וצ"ע :

י"ג דין ל"ן יש מי שאומר שה"ה בנתן שט"ח וכו' כתב הסמ"ע דגם למאן דאמר דאין צריך לשלם אלא הדמים שנתן להמוכר הכא בנותן צריך לשלם כל דמי השטר והרב שפתי כהן כת' דפטור בנותן וכן מצאתי בשה"ג בפ הכותב בשם ריא"ז עיין שם ולא מצאתי לריא"ז שכ' אלא אם יש עדים שהיה השטר פרוע בעת שמכרו הרי זה מקח טעות ואין המוכר משלם ללוקח אלא הדמים שקבל מן הלוקח בלבד ואם נתנו במתנה מתנתו בטלה ואינו משלם לו כלום עיין שם וה"ד משום דהמתנה בטעות אבל אם אינה בטעות דזכה במתנה צריך לשלם מה שהזיקו ולכאורה נראה דהמקדיש שט"ח וחזר ומחלו אין צריך לשלם דהיינו דוקא במתנה דאיכא פסידא דאי לאו דעבד ליה נייחא לנפשיה וכולי וכן כתב בעל התרומות

התרומות וז"ל דס"ד דכיון דהא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח לא אתמר אלא מפני תיקון העולם וכו' בהקדש דליכא פסידא להקדש דהא לא קנאם בזוזי וכו' ואף על גב דאסיקנא בפרק הנזקי' דל"ש מכר ול"ש מתנה עבוד רבנן תקנתא וההקדש דכוותה דמתנה הוא לאו מילתא היא דהא אסיקנא התם דמתנה פסידא אית ליה דאי לאו דעבד נייחא לנפשיה לא הוה יהיב ליה מידי אבל הקדש דל"ל ה"ט סד"א דטרוף מניה דהקדש קמ"ל וכו' עכ"ל הרי דהקדש גרע ממתנה וה"נ דמכירת שטרות דרבנן א"ל דלא חששו אלא במכר ובמתנה דאיכא פסידא דמקבל מה"ט דאי לאו דעבד ליה נייחא וכולי אבל בהקדש דל"ל ה"ט אם חזר ומחלו אינו משלם לו כלום :

י"ד דין מ' ויש מחייבי' בפשיעה זה דעת הרמב"ם וכן כתב הטור בסי' רל"ה בשם הרמ"ה וכ"ה בתשו' הרמ"ה סי' ס"ו ומה שהוכיחו התו' והרא"ש והר"ן מדאמרינן בס"פ החובל ההוא ארנקי דאפקידו ר' יוסף גבי ההוא גברא ופשע ביה וחייבי רב יוסף וא"ל אביי לשמור ולא לחלק לעניים וכו' אלמא אפי' מפשיעה פטור עיין שם כבר כתב הרמ"ה בספר א"ז סוף פרק החובל וז"ל דלא קרי' ביה לשמור דהא לאו אדעתא דשמירה אתא לידיה דומיא דכל שומר אלא אדעתא דליהוו מלויים לעניים תדיר דהא בכל שעתא חיישינן דילמא אתו עניי' ואי עביד להו נטירותא כדשמואל דאמ' כספים אין להם שמירה אלא בקרקע אפשר דאתו עניים ולא שכיחי להו זוזי וכו' עיין שם וכן כתב הרב שפתי כהן וגר' דאפילו הזיק בידים פטור דכיון דפטור מפשיעה דלא מיקרי שומר מדין מזיק נמי פטור דהא ממון שאין לו תובעין הוא כדאמרי' בפ' הזרוע המזיק מתנות כהונה או אכלן פטור עיין שם וכן כתב ה' המאירי שם וז"ל שפקיד אצלו על מנת לחלק לעניים ופשע בו או אבדו בידים פטור שכיון שא"ל לחלק לעניים נסתלק מהם ועניים אין להם עליו תביעה עיין שם וכ"כ בס' א"ז לקמא בפ' הגוזל בתרא גבי ההוא דאפקידו גביה ארנקי דפדיון שבוים וכו' וז"ל ואי ק"ל דהכא כשהפקידו אצלו לפדיון שבוים סתם וכו' וכיון שכן מאי מק' אביי הא מציל עצמו בממון חבירו הוא זה הא תניא לשמור ולא לחלק לעניים וכולי ואביי גופיה וכו' אלמא לכ"ע כל דלא נתן לשבוים או לעניים ידועים פטור מן הפשיעה ואפי' מן ההיזק אם הזיק וקרע בידים ול"ע הרשב"א עיין שם הרי שכ' הרב המאירי והרשב"א דאפי' הזיק בידים פטור וכן נר' מדברי הרא"ש והנ"י שנדחקו לתרץ שם (א"ה עכ"מ והשאר קרוע) :

סימן ס"ז

א' דין ב' ומקום שאינו יכול לסלקו וכו' כתב הרב כנה"ג ח"ב מיהו אני אומר להלכה כל שיש בה זמן בין רב בין מעט ואפילו משכנתא סתם דקיימא לן סתם משכנתא שתא קרוי אתרא דלא מסלקי הרשב"א בתשובות כ"י עיין שם וכבר הביאה מרן הב"י חי"ד סימן קע"ב תשו' הרשב"א וכתב ונראה דלא אמר כן אלא להלכה אבל לא למעשה עיין שם והטור בסימן רע"ח כתב גבי בכור וז"ל ופירש הר"י הלוי הא דשקיל באתרא דלא מסלקי דוקא בדלא מטא זמניה בחיי אבוהון דאז כקרקע דמי כיון דלא מצי לסלוקי אבל מטא זמנא בחיי אבוהון לא שקיל ורשב"א כתב הא שקיל באתרא דמסלקי היינו באתרא דמסלקי מיד אבל בסתם המקומות דסתם משכונתא שתא הוי כמכר לעולם ואפילו לאחר הזמן וכשהממשכן פודה חשבינן ליה כחוזר ולוקח וכ"ש באתר' דלא מסלקי אפי' אחר שהגיע זמנן ע"כ ומרן הב"י כת' ורשב"א כת' וכו' ולא ראה מקומו והם דברי הרשב"א בתשו' שהביאה בי"ד סימן קע"ב והיא בתשו' ח"ג סימן מ"ג עיין שם באורך ובב"י שם כתב רבי' ירוחם שדעת הרי"ף בתשו' דמשעבר זמנה הוי כאתרא דמסלקי עי"ש ואם כן דעת הר"י הלוי ורבו הרי"ף דכשעבר הזמן הוי כאתר' דמסלקי ואין הבכור נוטל בה פי שנים אבל הרשב"א סבירא ליה דכל שיש בה זמן שאינו יכול לסלקו הוי כמכר אפילו אחר הזמן והמ"מ פ"ז מהלכות מלוה הביאו וכ"כ הנ"י בפ' א"ז עיין שם ומה שכ' מרן הב"י דנר' דלא אמר כן אלא להלכה ולא למעשה מדברי הטור וה' נ"י והמ"מ משמע שכן דעת הרשב"א דבכור וכ"כ במיוחסות סימן ס"ג עיין שם :

ב' דין ל"ג נאמן אדם לומר פרוזבול וכולי כתבו התוספו' בכתובות דף פ"ח ע"ב בד"ה הוציאה וכו' דבעל חוב שטוען פרוזבול היה לי ואבד וזה מודה שכך הוא אלא שפרע נאמן במגו דאי בעי אמר לא הי"ל פרוזבול והשמיטה שביעית וכו' עיין שם מבוא' דסבירא ליה דאם טען לא הי"ל פרוזבול נאמן ומה"ט נאמן לומר פרעתי במגו :

ג' דין ל"ה התובע נאמן וכולי בלא שבועה ודעת הרשב"א בתשובות ח"ג סימן ח"י נוטה דאפי' חרם סתם אינו צריך דכודאי מבוין ליה עיין שם (אה"נ מצאתי בתשו' הרשב"א בכתב אשורית סי' קס"ט שכת' דאם רצה להחרים על מי שנוטל ממנו שלא כדין שומעין לו עיין שם :

סימן ס"ח

א' דין א' וכן שטרי הודאות וכו' כ' הרשב"ש סי' תס"א וז"ל וההודאה שהודה ראובן בפני עדים ישמעאלים ולא א"ל כתובו היא הודאה על פה וכו' שאף על פי שאנו דנים בשטרות העולות בערכאות לא אלים כחיהו יותר משטרותינו ובשטר שלנו אם לא א"ל לכתוב וכתבו מעצמם אין לו דין שטר והודאה שהודה וכו' כיון שאחר כך ארכו הימים ומת אחר כך בית דין טוענים ליורשים שמא פרע אביהם כיון שהיתה הודאה ע"פ וכו' עיין שם ומאי דפשיט"ל דאפילו בהודאה אם לא אמר כתובו וכתבו העדים ונתנו לו דינו כמלוה ע"פ ונאמן לומר פרעתי מדברי הראב"ד בהשגות בפ"י מהל' זכייה נראה דבהודאה אפי' לא אמר כתובו דינו כמלוה בשטר ואין נאמנים לומר פרענו עיין שם אבל אנן קי"ל דדינו כמלוה על פה כמבואר בסימן ט"ל ס"ח עיין שם ומ"ש דהודאה בפני ערכאות של גוים מהניא זה הפך דעת הרמב"ם ושאר פוסקים דשטרי הודאות פסולים וכן תפס הרשב"ץ בתשו' חלק שלישי סימן רנ"א כהרמב"ם עיין שם :

ב' הג"ה או שטרי מחילות וכו' עיין בתשו' הרדב"ז בל' הרמב"ם סי' רי"ט :

סימן ס"ט

א' דין ב' נתקיים בבית דין וכו' ולא מן הלקוחות וכו' הרי אר"י בסוף בתרא דאפילו הוא הוחזק כת"י בב"ד אינו גובה אלא מבעל חוב וכ' הרמב"

בספר

בספר הזכות סוף סימן ס"א וז"ל אבל הוחזק כת"י בב"ד לא העיד על עצמו בב"ד שלוה ולא על מנה שבשטר הם מעידים אלא על חתם ידו הם מעידים והטעם הזה נכון וברור וכו' עיין שם וקשה דבכתובות דף כ"א פליגי רבי ורבנן בהא ורבנן סבי"ל דעל מנה שבשטר הם מעידים וקיימא לן הכי בסימן מ"ו אבל הרמ"ה שם סימן ק"ן כ' וז"ל ול"ד להעמדה בב"ד כשטר דמי דהתם כיון שלוה גופיה הוא דגם בהדיא מלוה כדין וכו' אבל הכא מלוה הוא דקא מחזיר ליה לשטריה וכו' ועוד דכל מילת' דאתיא מחמת לוה גופיה בב"ד קלא אית ליה דכיון דחזו ליה ללוה התם נפק עליה קלא דאיכא עליה שעבוד ודינא הוא דליטרוף לקוחות אבל מילתא דאתיא מחמת מלוה לחודיה לית ליה קלא וכו' ע"ש :

ב' נשבע היסת ונפטר וכו' בפנים כתבתי דאם לא נתקיי' הכת"י וטען פרעתי נאמן בלא שבו' במגו דמזוייף דאפי' לפטור משבו' אמרי' כה"ג והא דקיימ"ל בשטר שלא נתקיים או בכת"י שיש בו נאמנות דנאמן הלוה במגו דמזוייף אבל צריך לישבע התם משום דבלאו הכי היה המלוה גובה שאקני מגו לפוטרו ממון אבל צריך שבו' שטער שביד המלוה מסייעו אבל בכת"י בלא נאמנו' היה הלוה נאמן לפטור בשבו' אהכי מגו לפוטרו משבו' עיין שם וכעת נדפס ספר כסא אליהו למהרא"י וראיתי שתמה על בעה"ת עיין שם באורך ולא קשה מידי דבעל התרומות בכת"י ש"ש בו נאמנות דבלא מגו היה מלוה גובה בו כשטר וא"כ כשיש ללוה מגו נאמן וצריך לישבע אבל בכתב יד בלא נאמנות למאי דקיימא לן דנאמן לו' פרעתי אה"נ דאם לא נתקיים נאמן הלוה בלא שבועה דמגו לפטור משבו' אמרינן בכה"ג כמ"ש :

ג' אבל אם טען פרעתי נאמן דעת רשב"ם בסוף בתרא ד"ה ה"נ וכו' דאינו נאמן לומ' פרעתי וכן כתב הרא"ש בתשובו' שכן דעתו עיין שם אבל בדף קס"ה גבי שטר בעד אחד כ' דיכול לומר פרעתי ואין המלוה יכול לטעון ללוה הי"ל לקרוע השטר שהרי דכיון שלא נעשה כתי' חכמים לא חשש הלוה ולא נזכר לשואלו למלוה עיין שם והרב מחנה יהודה בסימן ס"א כ' דהתי' מבואר בדבריו שכ' דלא נעשה כתי' חכמים דכיון שנכת' כמו שטר הנהוג בפנינו אנו עדים חותמים מלמטה וכו' וגא התם בו אלא עד אחד גרע טפי מה שאין כן בכת"י דעלמא שנעשה כתי' חכמים והקשה על הרשב"א בתשו' שכ' דלמ"ד בכת"י דאינו נאמן לומר פרעתי משום דאמ' ליה שטרך בידי מאי בעי הכא נמי בשטר בעד א' אינו נאמן לומר פרעתי מהאי טעמא עיין שם דהרי רשב"ם סבירא ליה דאינו נאמן לומר פרעתי בכת"י אבל בשטר בע"א נאמן לומר פרעתי ונדחק דסבירא ליה להרשב"א כמו שכ' רשב"ם סוף בתרא שזה מסר לו במקום הודא' שלא יוכל לחזור ולכפור לו' פרעתי וכו' ר"ל דאינו טוען ברצון פרעתי אלא מתוך דוחק אבל אם טען פרעתי ודאי דנאמן וכן משמע מדב' הטור דלא כ' כן בשם רשב"ם עיין שם ולא ראה מה שכ' רשב"ם בפת"ה דף מ' גבי הודאה בפני שנים דאינו נאמן לומר פרעתי עיי"ש ועיין בב"י סימן כ"א שכ' דהר"מ סבירא ליה דשטר בעד א' אינו נאמן לומר פרעתי מהאי טעמא דשטרך בידי מאי בעי אבל כת"י משמע לאינשי דלזכרון דברים בעלמא פן ישכח אחד מהם סך המעות הוא שכותבין כן ולכך לא חשש להניח בידו עיין שם אבל רשב"ם סבירא ליה דכת' יד עדיף משטר בע"א כמ"ש המ"מ בפי"ד מהלכו' מלוה שכן מוכח בהמגרש דלענין גט עדיף כת"י מחתימת עד אחד בלא כתיבה עיין שם :

ד' כתב מהרא"ד"ב סימן ר"ל על ראובן שהוציא על שמעון כתב יד שחייב לו סך ושמעון השיב אמת הוא אבל אתה חייב לי כנגד אותו הסך ממקו' אחר דאם החוב קודם שנתחייב בכת"י לראובן נר' דאינו נאמן לומר שחייב לו מקודם במגו דהוי מגו במקום עדים דאכן סהדי דאם היה חייב לו והגיע הזמן הי"ל ליפרע ממנו ואינו נאמן לומר שטעה בחשבון עיין שם ולכאו' זה תלוי במחלוקת שהרשב"א בתשו' והביאה מרן הב"י סימן ע"ה מחו' כ"ב כתב ראובן שנתחייב על פה בית דין לפרוע לשמעון ואחר זמן תבעו בבית דין שיש לו על ראו' מנה שגבה ממנו כ"ק מסתברא דאינו נאמן דחזקה דאלו היה כדבריו לא היה מקבל עליו בפני בית דין לפרוע ואע"ג דאית ליה מגו דאי בעי אמר פרעתי במקום חזקה אלימת' כי האי לא אמרינן מגו אבל המרדכי בפרק שני דגיטין חולק שכ' שנסתפק הרב הכהן אם אדם הוציא שטר חוב על חבירו ואמר לו פרעתי כך וכך בזה השבוע והוא השיבו האמנתיך אם נאמן במגו דיכול לומר לא פרעתי לך שום דבר שלא הייתי חייב לך כלום נאמן לו' פרעתיך חובך אבל אתה חייב לי אי נמי מגו שיכול לומר עדיין לא הגיע זמני ליפרע ולכך פרעתיך כי אמר נמי הגיע זמני ואפילו הכי פרעתיך נאמן ור"ת אומר נאמן וכן כ' הג"א עיין שם אלמא נאמן במגו :

ה' דין ג' כת"י שהחתים בו עדים אחר חתימתו וכו' דוקא כשהחתים הוא העדים אין לך שטר גדול מזה אבל כשהעדים חותמין זכרון עדות לכולי עלמ' לא הוי שטר מהריק"ש סימן ל"ב עיין שם :

ו' אינו נאמן לומר פרעתי וכו' כן כ' רי"ו נתיב ו' ח"ו דאינו יכול לומר פרעתי וכן כתב בעל העיטור בשם רבינו האי עיין שם וזה לשון בעל העיטור בדיני חוב דס"ג ובשאלה לרבינו שרירא כ' בכת"י ואמר לעדים חתמו ומסרו ליה הרי הוא כשטר וגובה מנכסים משועבדים ואי אמר פרעתי אינו נאמן אבל אם חתם בפני עדים ולא נתן רשות לחתוט וכו' וכן כ' רבי' האי שאם צוה לחתום על הודאתו דין הוא כמאן דמפיק שטר' אחבריה וכו' עיין שם מבואר דסבירא ליה דדינו כשטר אף לגבות ממשועבדים ועוד שהרי בעל העיטור ורוב הפוסקים כ' הטעם דבשטר אינו נאמן לומר פרעתי כיון דאית ליה קלא דגבי ממשעבדי לא היה משהה בידיה אבל בכת"י לא חשש עיין שם אם כן הכא גובה ממשעבדי ולכך אינו נאמן לומר פרעתי ועיין להרב כנסת הגדולה בהגב"י אות ע"ג :

ז' דין ה' אנו טוענים להם שהוא פרוע וכו' הרדב"ז בתשובו' ח"ב סימן תקל"ד כ' דאם כתוב בו נאמנות כיון שאביהם אינו יכול לטעון פרעתי אנן נמי לא טענינן להו וכן כ' הטור בלא חולק עיין שם משמ' דאפילו נאמנות סתם מהני לגבי היורשים ולא טעני' להו כיון שאביהם לא היה נאמן אבל הסמ"ע כתב דנאמנות סתם לא מהני לגבי יורשים אם לא נכתב בפירו' שיהיה נאמן גם נגד יורשים וכן הוכיח ה'לחם רב סי' קע"ה :

ח' אנו טוענים להם וכו' נסתפק מהריט"ץ סימן י"ז בהודה בפני עד אחד אם מוציאים מהיתומי' עיין שם ועיין במהרימ"ט ח"א סימן נ"ז שכתב בשכי"מ שהודה בפני עד אחד דמוציאין מהיורשים אבל הרשב"ש סימן רכ"ה כתב כיון דאביהם היה יכול לטעון לא היו דברים מעולם להכחיש העד טוענים הכי ליתומים עיי"ש וכ"כ ראיה מדתניא בפרק זה בורר א"ל אחד אני ראיתי

אח

את אביהם שהטמין מעות ואמר של פלו' הם בבית לא אמר כלום וכו' הנ"י שם דאפילו אמר דמוסר לא אמר כלום ומכל מקום עד אחד הוא ועל פיו לא נוציא ממון מחזקתו וכן כ' רבינו ירוחם במישרים נתיב כ"ו דף פ"ה ע"ג וז"ל ואפילו אמר דמוסר דבריו אינו נאמן שלא היה יכול ליטלן ואינו כי אם עד אחד ואפילו לאותן שכתבו שהודאה בפני עד א' מועלת וכו' עיין שם ועיין בהסמ"ע ס"ס רנ"ה אלמא אפילו למאי דקיימא לן דהודאה בפני עד אחד הוי הודאה מכל מקום כיון שיכול לכפור ולהכחיש העד טענינן הכי ליורשים וכן מצאתי להרב משפט צדק ח"ב סימן ה' והביאו ה' כנה"ג בסימן ק"ח הגב"י אות מ"ו עיין שם והרב עדות ביהוסף ח"א סימן כ"ה כתב נראה מדבריו דה"ד כשראובן הכחיש לשמעון בב"ד קודם מותו ולכך טענינן ליורשים שגם להעד היה מכחיש אם היה חי אבל אם לא הכחיש לשמעון לא טענינן ליורשי' שהיה מכחיש לעד ולישבע עיין שם וליתא דבדברי הרב מבואר דאפילו לא היה מכחישו אלא שא"ל לך ושוב ומחר אתן אפילו הכי טוענים ליורשים שהיה מכחישו לו ולעד וכן משמע מדברי הנ"י ורבינו ירוחם והרשב"ם כמ"ש מיהו הרב משפט צדק ח"ב סימן ע"ג כ' דגם למ"ד בנאמנו' בשני עדים דאפילו נגד עדי הודאה נאמן היינו דוקא אם לא הודיתי אבל אם מת ולא הכחיש העד לא והכנה"ג בסימן ע"א אות ע"ז פקפק עליו כיון שטוענים ליורשים כל מה שיכול אביהם לטעון אמאי אין טוענים להם דאם אביהם קיים היה טוען לא היו דברים מעולם והיה נאמן ושמא לטעון נגד העדים לא שכיחא ואם טען הוא כן נאמן אבל אנן לא טענינן להו מילתא דלא שכיחא עיין שם וכן ראיתי להרב שער אפרים סימן קל"ג דף ק"ב ע"ג שכ' וז"ל ואומר אני וכו' דבשלמא בנדון הר' ישעיה העדים מעידים שהודה לפניהם שנפר' והוא המלוה כופר בהם ואומר שלא הודה מעולם בפניהם לכן המלוה נאמן מה שאין כן בנדון דידן וכו' רק שאנחנו נטעון טענה זו לזכות היתומים שאלו היה חי היה טוען וכופר בעדים שמעולם לא האמין אותו וכבר מבואר בגמרא בפ' המוכר את הבית וגם בפוסקים ראשונים ואחרונים דמילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי וכולי עכ"ל הרי דסביר"ל דלא טענינן ליורשים שהיה אביהם מכחיש לעדים ומהר"א ששון סימן ע"ד כת' גבי טענת סטראי דאם העדים מעידים על הפירעון נרא"ל ראיה מדברי התוספו' בפרק הכותב דאפילו בעד אחד המכחישו לא הוי מגו משום דלא חציף איניש להכחיש העד ואפילו בעידים פסולים כת' הרא"ש בתשו' כלל ס"ו ס"ח וז"ל אף על גב דאיכא הכא מגו דאי בעי אמר לא הקניתי לו כלום לא מהימני' ליה בהאי מגו כיון דאיכא עדים שהקנה דאף על גב דפסולי' נינהו מכל מקום ניחא ליה למימר טענה זו שאין העדים יכולים להכחישו וכו' עיין שם וכבר כתב מהרימ"ט ח"א סימן כ"ו באומר אל תפרעני אלא בפני עדים דאין טועני' ליורשים שמא פרע אביהם בפני עדים דמילתא דלא שכיח' היא ועדיפא מינה כ' הרא"ש דה"ט דאינו נאמן כשאמר פרעתיך ביני לבינך במגו דאי בעי אמר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו להם למדינת הים דאין זה מגו טוב דאינו טוען ברצון כך שכל העולם ידעו שהדבר שקר ולכך הרחי' עדיו ואם כן ק"ו אם נאנסו דלענין מגו מהני לענין יורשים ולא טענינן לה כגון זו דאף לענין מגו לא מהני כל שכן דלא טענינן לה ליורשים עיין שם וה"נ דכוותה כיון דלא מהני מגו להכחיש את העדים דלא חציף להכחיש העדים אפילו האמינו נגדם כל שכן דלא טעני' לה ליורשים

ואם כן נראה דהוא הדין לגבי עד אחד לא טענינן לה שהיה אביהם מכחישו וכן הרב משפט צדק איירי שם בעד אחד ואפילו כבר הכחיש לבעל דין אפ' דלא היה מכחיש העד עיין שם ואף הש"ך סימן כ"ח ס"ק י"א שכ' דה"ד אם היה צריך לישבע נגד העד אבל אם לא היה צריך לישב' נגד העד אמרי מגו שהיה יכול להכחישו כמו שכ' התוספות בפ"ה עיין שם והכא נמי לדעת ה"ר ישעיה דאין צריך לישב' אמרינן מגו מכל מקום אפ' דלא טעני' לה ליורשים כמו טענת נאנסו דמהניא לענין מגו ולא טענינן לה ליורשים אבל מהרימ"ט ח"א סימן מ"ט כתב דטוענים לבעל שהיתה אשתו יכולה להכחיש העד ולומר לא היו דברים מעולם והביאו הרב כנסת הגדולה חא"ה סימן ל"ג אות י"ד עיין שם :

מיהו מה שכ' הרב שע"א שכן מבואר בפרק המוכר את הבית וגם בפוסקי' ראשונים ואחרוני' דמילת' דלא שכיחא לא טענינן ליורשים עיין שם אישתמטתיה דהרי"ף והראב"ד והרמב"ן והרא"ה והנ"י בפ' הגוזל בתר' סבירא להו דטענינן ליורשים כל מה שיכול אביהם לטעון אפילו טענה דלא שכיחא וה' משפט צדק שם לעיל הזכי' מחלוקת זו ואם כן הוה ליה להרב לתלות גם כן הכא במחלוקת אי טענינן ליורשים טענה דלא שכיחא כמו מ"ש לעיל וכל שכן דהרמב"ן עצמו סבירא ליה דלא טענינן להו ואפשר דסבירא ליה דלא טענינן ליורשים אלא להחזי' מה שבידם ולא להוציא מאחרים אף על פי שיש שטר כיון שיש עד שהודה שהוא פרוע איתר' שטרא וגבי דאם טען הוא לא הודיתי היה נאמן מכל מקום לא טענינן ליורשים להוציא כמ"ש בסימן ק"ח דין ט' עיין שם ועי' במהרימ"ט ח"א סימן ע"ב דאפילו יש עד אחד פטורים ולא אמרינן מתוך שאין יכולים לישבע משלמין דאם כן מצינו ע"א קם לממון ומקרא כתוב לא יקום עד אחד וכו' וכן כתב הרדב"ז חלק ראשון סי' ע' עיין שם וכן כתבו התוספות בכתובות דף י"ב עמוד שני בד"ה רב הונא וכו' דאפי' למאן דאמר חייב איכא למידרש שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים דשניהם לא ידעי אלא שעד אחד מעיד שאחד חייב לחבירו מנה דבאבוה מתוך שאינו יכול לישבע משלם עיין שם אלמא לא אמרי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם ביורשי' והכא נמי בהודה בפני עד א' ועיין בה' מח"א (א"ה עכ"מ) :

ט' ופטורים אף משבועת היורשים וכו' ה' כנה"ג הגה"ט אות ל"ז הק' על בעה"ת דבשער ה' סימן ב' נראה דפוטר לדעת למ"ד דאין נשבעין ליפטר ובשער י"ג סבירא ליה דנשבע ליפטר ול"ל דבשער ה' הביא מחלוקת ובשער י"ג דפטר דעתו כמ"ד דנשבע ליפטר עיין שם ולא ראה מ"ש בעה"ת סוף שער י"ד וז"ל ולא מסתבר כוותיה דודאי כיון דאמר ברי לי שירשתי ממון מאביהם שיש לי בו זכות מחמת ממון שאני יודע שלוה אביכם ממני אין לך בריא גדול מזה ויש להיורשי' לישבע היסת שאינו יודע לו זכות במה שירש מאביו ואף על גב דלא אמר ברי לי שאביכם לוה לכם וכולי מיהו זה דבר פשוט אצלנו שאם טענו מנה לי יש לי בידך מחמת פקדון וכו' שנאבד ממני כיון דבאונסין פטור והוא אינו יכול לדעת אם נאבד באונס או לאו חזרה טענתו טענת שמא ואין לו עליהם אלא חרם סתם עכ"ל מבואר דסבירא ליה דצריכין לישבע ליפטר ודוקא בטענת פקדון או משכון שנאבד אין צריכין לישבע משום דהוי טענת שמא שאינו יודע אם נאבד באונס או לאו ולכך בשער ה' דמיירי בטענת אונס פטר דעתו דאין צריך לישבע אבל

אבל בטענת ברית לריכין לישבע וכן כתב בסוף שער כ"ז והביאו הטור סס"י ע"א עיין שם וה' גד"ת שם הק' כיון דאין התובע טוען ברית שהם יודעים שאינו פרוע אמאי לריכים שבועה דבשער ה' נראה שתפס סברא זו דאין לריך שבועה עיין שם ולק"מ דהכא טענת ברי הית דאע"פ שאינו יודע אם הם יודעים שאינו פרוע מכל מקום התובע ברית לו שאינו פרוע אבל בשער ה' מיירי בטענת אונס דהוי טענת שמא :

סימן ע'

א' דין א' והמלוה בשטר מסובח יותר וכולי עיין בהסמ"ע וכ' הש"ך ולפ"ז משמע דה"ה כת"י אבל מהרשד"ס סי' כ"ג כ' דדוקא שטר ולא כת"י ע"ש ונראה דכת"י שאין בו נאמנות דיכול לטעון פרעתי ודאי השטר עדיף ולגבי משכון דאינו יכול לטעון הוא דלריך לטעמ' דסכוס הלואה אבל לגבי עדים או כת"י בלא"ה ודאי דהשטר מסובח יותר אבל כת"י שיש בו נאמנו' דאינו יכול לטעון פרעתי אפשר דחשוב כשטר ומדברי מהרשד"ס שכ' על מעשה דרבינא ולא נתפייס אפי' בעדי' ולא אפילו בכת"י וכולי משמע לכאורה אפילו כת"י שיש בו נאמנות מיהו בש"מ בש"פ אז"כ כ' וז"ל ול"ל כהדי יכתוב לו בכת"י יש למדים מכאן שאם הוליא עליו כת"י שהוא חייב נאמן לומר פרעתי ואין זה ראייה דדילמא לא הי"ל פנאי לכתוב עכשיו אלא דסהדי חזו השתא וכתבי שטרא כמ"ש הריטב"א עכ"ל הרי דסבירא ליה דלא גרע כת"י משטר אלא אם יכול לטעון פרעתי אבל למ"ד דאינו יכול לטעון פרעתי או כשיש בו נאמנות לכ"ע דינו כשטר והתם משום דלא היו רגילים לכתוב נאמנו' כמ"ש המ"מ בפ' י"ב מה' מלוה עיין שם ומכל מקום מדברי הריטב"א ומהרשד"ס והש"ך משמע דכת"י אפי' אין בו נאמנות לא גרע מעדים אבל הרשב"ש בס' תקון סופרי' שער ג' כ' אלא שי"ל דבעדים דכת"י שמא לא ימלא עדים לקיימו :

ב' הג"ה אבל אם קבל הקנין וכו' כ' מהר"ש בתשו' בס' משפט לדק חלק ראשון סי' ך' דמלוה בעדים וקנין וטען הלוה פרעתיך והראייה שהשטר בידי והמלוה אומר אין זה ראייה דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ואתה כתבת שטר שלא מדעת ועכבת אותו בידך נ"ל דהדין עם המלוה והוכיח כן מדברי התוס' דכתובות דפ"ח בד"ה הוליאה וכו' מכח קו' מהריב"ל שם :

ג' דין ב' בין שא"ל אחר שהלוהו לריך לפורעו בעדי' כ' הר"ן דאחר ההלואה לא נשתעבד אלא כיון דא"ל אל תפרעני אלא בעדים אין הלוה עשוי לפורעו שלא בעדים ואם אמר שפרעו שלא בעדים אינו נאמן והרב משנה למלך בפרק תשיעי מהלכות מלוה למד מדבריו דאם אמר אל תפרעני אלא בעדי' והמלוה מודה דפרע במקלת בינו לבינו והלוה טוען דפרע כל החוב נאמן דכבר בטל הטעם דאין הלוה עשוי לפרוע שלא בעדים וכה"ג כתב רבוותא בקובע זמן לחבירו ונתברר שפרע קלתו בתוך הזמן אע"פ שתבע המלוה השאר בגו זמניה נאמן הלוה לומר פרעתי שכבר אבטיל' החזקה דאין אדם פורע בתוך הזמן שהרי פרע מקלתו בגו זמני' עיין שם ובאמת שכן דעת רבינו אלי הביאו הטור בסי' פ"ד דפוגם שטרו אפי' בתוך זמנו לא יפרע אלא בשבועה מה"ט דבטלה החזקה דאין אדם פורע בהו"ז כיון שמודה שפרע מקלת כמ"ש המ"מ בפי"ד מה' מלוה אבל הרמב"ם סבירא ליה דבתו"ז נפרע שלא בשבועה וכן כתב מרן שם ואם כן הכא נמי אם אמר שפרע השטר שלא בעדי' אינו נאמן :

ד' דין ה' והמלוה אומר לפקדון קבלתים וכו' כתב הרדב"ז חלק ראשון סימן קס"א בראובן שהיה חייב לשמעון מנה ונתן לו המעות ואמר לו שמעון הרי הם פקדון בידי עד שאראם לשולחני ונאנסו המעות או נגנבו וז"ל ואם ראובן כופר שמעולם לא קבל עליו תנאי זה הדבר ברור שהדין עם ראובן אע"פ שאומר בתורת פקדון לקחתים כיון דקא מודה שודאי לקחם והכי איתא בהדיא בפ' שבועת הדיינים וכולי וא"ת תינח אם פרעו באפי סהדי דליכא מגו אבל אם פרעו בינו לבינו מגו דמ"ל לא פרעתני נאמן לומר תנאי זה היה וכולי וי"ל דאה"נ דנאמן בהאי מגו ומ"ה הולרך רש"י לפ' וכו' משמע שהיו דברי' שבלב אבל אם טען כך א"ל בפי' הדין עמו דתנאי גמור הוא ונאמן כיון דאית ליה מגו א"נ מגו לאפוקי לא אמרי' וה"ה אם שמע התנאי ושתק דקבלת תנאי הוא עכ"ל משמע דס"ל דהכא נמי אם פרעו בפני עדים דליכא מגו אפי' א"ל בפי' שאינו מקבל לשם פירעון אלא פקדון כיון שהלה כופר שלא קבל התנאי הוי פירעון ונאנסו למלוה מיהו נראה דהכא אם המלוה אמר בפי' דלשם פקדון מקבל אפילו לא קבל הלוה התנאי לא הוי פירעון דכיון שיש תנאי שלא פרעו אלא בפני פלוני ופ' ופרעו בינו לבינו יכול המלוה לומר כל שאין העדי' לפנינו הוי כאילו לא הגיע זמנו אבל בכ"ד שלא היה תנאי אפי' א"ל שאינו מקבל אלא לשם פקדון הוי פירעון כמו שחי' הסמ"ע ע"ש ומ"ש ה"ה אם שמע התנאי ושתק לכאורה נראה דלמאי דקי"ל בסימן כ"ח דאפילו א"ל לוה בשעת פירעון הילך מעות אלו בשביל חוב פ' ומלוה קבל ושתק יכול לומר אחר כך המלוה בשביל מלוה ע"פ או בשביל חוב אחר תפס עיין שם אלמא שתיקה לא הוי כקבלה והכא נמי אפילו שמע התנאי ושתק אינו קבלה ואפשר דהרב אזיל לטעמיה שכתב שם בסימן קפ"א וח"ב בסי' רמ"ט דהרא"ש סבירא ליה דאם פי' דמלוה בשטר אני פורע אפילו קבל המלוה בשתיקה אינו יכול לומר מלוה על פה נפרעתי עיין שם אם כן שתיקה לא הוי קבלה והכא נמי דכוותא :

גם מ"ש הרדב"ז וז"ל ומסתבר' שאם א"ל איני מקבל בתורת פירעון וזה קבל ולא פי' בתורת פקדון שאם נאנסו חייב לפרוע לו פעם אחרת אבל אם נגנבו או נאבדו פטור דבהאי הנאה שמקבל מעותיו ויהיו מוכני' שיראם לשולחני נעשה עליהם ש"ש דבהנאה כל דהו מתחייב כדאשכחן גבי פרוטה דרב יוסף עיין שם ולכאורה אין נראה כן שהרי כתב הריטב"א הובא בש"מ למליעא על דף פ"ב וז"ל וא"ת אפילו שומר פקדון יהא ש"ש עליו דהא מחייב לנערו ומשתכר בפרוטה דרב יוסף וי"ל דגבי שומר כיון דמיד בעלים בא לו דכל עיקרו לא נחית אלא לשמירה בעלמא וקבלו סתם אנן סהדי דלא נחית אלא לש"ח ואף על פי שלא פי' כמי שפי' דמי אבל נאבדו שבאה לו שלא לדעת בעלי' ולא באה לו משום שמירה אלא משום מלוה וכן במלוה על המשכון שלא בא לו אלא משום מלוה אני אומר דדעתו להיות ש"ש בפרוטה דרב יוסף ואם כן שתנאי ב"ד הוא בכך עכ"ל משמע דשומר פקדון בשעה שמנערו הוי עוסק במלוה ומשתכר הוא בפרוטה דרב יוסף ואפילו הכי לא הוי ש"ש וכן דעת מהר"ס אלשקר סימן ע"א עיין שם אבל מלאתי להריטב"א בחי' לשבועות דף מ"ג שכתב וז"ל דשאני שומר דכי מנטר לה

לה לאו למלוה הוא אלא מדין שמירתו שקבל עליו ולא חשיב עוסק במלוה לפוטרו מפרוטה דעני עיין שם הרי בהדיא דס"ל דאינו פטור מפרוטה דעני וכן כ' הרדב"ז חלק שני סימן ש"ג עיין שם אם כן לדעת הריטב"א והרדב"ז דשומר הפקדון אינו פטור מפרוטה דעני ומה"ט לא הוי ש"ש כיון דאינו משתכר א"כ בנ"ד בההיא הגאה שמקבל מעותיו אחר שירצם לשולחני נעשה ש"ש אע"ג דהנאה כל דהו היא אבל לדעת מהר"ם אלשקר ודברי הריטב"א בחי' למליעא דשומר פקדון אפי' משתכר בפרוטה דרב יוסף לא חשיב ש"ש הכא נמי דכוותא מיהו נראה דלכ"ע הוי ש"ש אפילו אמר הרי הם פקדון בידי עד שירצם לשולחני דלא גרע משולחני להפקידו אצלו מעות דנעשה עליהם ש"ש משום דמותר להשתמש בהם דבההיא הנאה דאי מיתרמי ליה זבינא דאית ביה רווחא זבין בהו הוי עלייהו ש"ש כדאמרינן בסוף פרק המפקיד וכן כתב הרמב"ם בפ"ז מהלכות שאלה כל המוכר פקדון ע"פ ב"ד מוכר לאחריני וכולי והדמים יהיו מונחים אצלו ויש לו להשתמש בהם לפיכך הרי הוא עליהם ש"ש אף על פי שעדיין לא נשתמש בהם והמפקיד מעות אצל חנוני או השולחני וכו' יש לו להשתמש בהם לפיכך הוא נעשה עליהם ש"ש וכו' עיין שם והכא נמי שהלוה נתן לו לשם פירעון אפילו אמר המלוה הרי הם פקדון כיון דיכול להשתמש בהם הוי ש"ש :

סימן ע"א

א' דין א' אבל אם הביא עדים שפרעו וכולי ואם יש עד אחד שפרע דעת ר"ח והרא"ש בפרק הכותב דנאמנות סתם מהניא כנגד עד א' אבל הראב"ד והרמב"ן והרשב"א והריטב"א הובאו דבריהם בש' א"ז לכתובות סוף פרק ו' ס"ל דנאמנות סתם לא מהני להכחיש העד עיין שם :

ב' אע"פ שהביא עדים שפרעו וכולי משמע דאפילו במלוה על פה קאמר דנאמן הוא יותר משני עדים הסמ"ע עיין שם אבל מהר"י ן' מיגש בתשו' סימן קע"ב כ' וז"ל הורה רבי במי שהאמין את חבירו כשני עדים לענין פירעון הממון שאם פרעו בפני עדים והעידו עליו שנפרע אין עדותם מועלת כלום ויהיה דינם כדין שני עדים המכחישי' זה את זה דאוקי ממונ' בחזקת מריה ואם יש ביד התובע שטר נשאר בחזקתו וכו' ע"ש :

ג' אם כתוב בשטר נאמנו' גמורה כשני עדים כשרי' כ"ז ששטר זה קיים ולא יהיה קרוע קרע ב"ד או פרעונו כתוב על גבי אז ודאי אין הנאמנות מועיל אלא לפירעון דוק' דכיון שכת' או פרעונו כתוב על גבו גילה דעתו דלא האמין אלא לענין פירעון בלבד מהרא"ד"ב בס' לחם רב סימן י"ד :

ד' נראה דאם כתוב נאמנות וכולי מהני גם לענין הפירעון דבמלא וכו' יש להוסיף כל מה שיכול לכלול באותו נאמנות כמ"ש מהרח"ש סי' כ"ד לענין אחר עיין שם הרב בית דוד סימן י"ט וכ"כ האחרונים דנאמנות וכו' הוו כנאמנות מפורש עליו ועל יורשיו והסכי' עמהם הרב כנסת הגדולה סימן זה אות כ"ה וכ"ו עיין שם וכן כתב הרב בני אהרן סימן ס"ח עיין שם אבל הרב נתיבות משפט דקפ"א סע"ב כתב אפילו כתב וכו' אין היורשים בכלל עיין שם ראייתו גם הרב בית דוד בחא"ה סי' ס"ג כ' דנאמנות וכו' ל"ע למעשה עי' שם :

ה' דין ג' וכן אם העידו שמחל לו החוב נאמנים וכו' כתב מהר"ם הלוי בתשובות מהרימ"ט חלק ראשון סימן ס"ג במלוה בשטר צריך עדים ומינה במלוה על פה ופי' בנאמנות גמורה נאמן לומר מחלת ומהרימ"ט סימן ס"ב חלק עליו דאין נאמן בטענת מחילה דלא היו דברים מעולם או פרעתי וראיה מדאינו נאמן בתו"ז לומ' מחלת לי דאל"כ יהא נאמן לומר פרעתי במגו דמחלת וכן אמאי גובה מהיתומים ולא טענינן להו טענת מחילה ע"ש באורך וה' כנסת הגדולה הסכים עם מהר"ם הלוי דטענת מחילה מהניא ליפטר אם טען כן אבל לא מהניא לענין מגו דטענה גרועה היא ולא שכיחא דמה"ט לא טענינן ליורשים דומיא דשטר כיס וכן דעת מהרא"ל ח"א סי' כ"א עיין שם באורך וכהאי גוונא כתב הריטב"א בחי' לכתובות דף כ"ז וז"ל א"ד לא אמרינן מ"ל לשקר וכולי כלומר לא אמרינן מ"ל לשקר גבי הא דטענת נאנסתי אינה ברורה כ"כ והיינו דאמרי' מ"ש מההוא מעשה וכו' ואף על גב דל"ד ליה ממש קא ס"ד כיון שהיא סבורה דריע' טענתה לומר בב"ד שהיא לבדה נאנסת אף על פי ששורת הדין שנאמנת בכך מכל מקום אין לנו לומר בזה מ"ל לשקר וכו' דאין לומר מגו אלא כשהיא יכולה לטעון טענה אחרת שיאמנוהו בבית דין ושיהא נראית לטוען שהטענה היא היתה ברורה לו וכו' עיין שם הרי דטענה גרועה אף על גב דאם טען אותה נאמן לא אמרינן בה מ"ל במקום עדים והכא נמי דכוותה טענת מחילה גרועה היא ולא אמרינן בה מ"ל לשקר וכו' אבל אם טען אותה נאמן :

ו' דין ה' גלגול וכו' כ' הש"ך לכאורה משמע דפיטור לא מהני להשביע ע"י גלגול כמ"ש הרב נמקי יוסף בשם הרמב"ן אבל הרא"ש בפרק הכותב כ' בשם הר"ם והסכים עמו דאין יכול להשביעו אפילו ע"י גלגול וכן כת' הטור ומרן בא"ה בסימן ל"ח ול"ע וכבר הרגיש זה בפרישה וכ' לא הזכיר כאן גלגול אלא לענין להיות פטור אחר פירעון דומיא דשבועה קלה עיין שם וכן נראה דנקטי' כדעת הר"ם והרא"ש דאינו יכו' להשביעו אפילו ע"י גלגול וכן הסכים הריטב"א בפ' הכותב ועוד דבפלוגת' דרבוות' נקטי' קולא לנתבע ואין צריך לישבע :

ז' דין י"ז אא"כ פירש וכו' ואפי' כתב וכל זמן ששטר קיים וכולי לא הוי כמפרש דכל זמן לא לרבות זמן מיתתו כשיגבה מהיורשים אלא לרבות אפילו עבר זמן הפירעון דה"א דלא הימניה אלא לתוך זמנו אבל עבר זמנו לא מהריט"ץ סימן ל"ד עיין שם ועיין בתשו' דברי ריבות סימן שכ"ז ושכ"ח שכת' דאם כתוב בשטר דנאמן כשני עדים אם לא ימצא כתוב מעבר לדף או קרוע בקרע בית דין מהני אף ליורשיו דכיון דנאמן כשני עדים למ"ל אם לא ימצא כתוב וכו' אלא ללמד דכל זמן שהשטר קיים אין שום טענה מבטלו אפי' ליורשי' ולבאי כחו לכך תלה הדבר בשטר וכן כתב ה' פמ"א חלק ב' סימן כ"ח עיין שם ואינו מוכרח משום דאפילו האמינו כשני עדים אם העידו שהודה בפניהם או מחל לו החוב נאמנים לכך הוסיף אם לא ימצא כתוב וכו' ללמד דאפי' טענו הודאה או מחילה אין מבטלין הנאמנות אבל להיורשים מנ"ל :

ח' אם האמין לו וליורשיו יורשי היורשים בכלל הרדב"ז בתשו' חלק שני סימן תמ"ג עיין שם וכן כ' הרשב"ש סימן י"ב והביא ראיה מדמסקי' בפרק י"כ גבי ההוא דאמר נכסי לסבתא ובתרא לירתאי דירתאי ואפי' ירתי ירתאי מיהו ה"ד אם היו בעולם בשעת הלואה אבל לנולדים אחר כך לא משתעבד עיין שם וכן כתב הרבב"א

הרשב"א בתי' לגיטין הביאו הב"י סי' ס"ו גבי משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך עיין שם וכן כתב בתשו' חלק שני סימן קל"ה עיין שם :

ט' אם אמר לו לך או ליורשך דוקא להם אבל לב"ח לא כדאמרי' בפרק קמא דקידושין גבי הענקה דדרשינן לו ולא לב"ח הרשב"ש שם :

סימן ע"ב

א' דין י"ב אם שניהם תובעים וכולי ראובן הלוה מנה לשמעון על המשכון וגם נתן לו כת"י וכפר ראובן במשכון ותובע חובו וזה מודה לו במנה אלא שתובע משכונו ישבע ראובן תחלה שבועת היסת שלא נתן לו שמעון משכון ואחר כך ישבע שמעון שלא היה שוה משכונו פחות ממה שלוה עליו ונפטר דקי"ל דבכת"י דנאמן לומר פרעתי ומגו דיכול לומר פרעתי נאמן לומר משכון הנחתי אצלו על החוב אבל אם הוא בשטר נשבע ראובן שלא הניח אצלו משכון וגובה את חובו הרדב"ז בתשו' חלק שלישי סימן תר"ך עיין שם ונרא' דאם הוא תוך זמנו דאינו נאמן לומר פרעתי אינו נאמן ג"כ לומ' משכון הנחתי אצלו על החוב בלא מגו וקצת ראיה דאינו נאמן לומר משכון הנחתי לך אלא במגו מדגובין בכת"י בתו"ז מהיורשים ואין טוענים להם שהניח אביהם משכון וכהאי גוונא הוכיח מהרימ"ט חלק א' סימן ס"ב ובח"מ סימן מ' דאין נאמן בטענת מחילה אלא במגו מדאינו נאמן בתו"ז לומר פרוע ולא נאמן במגו דמחילה וכן למה גובין מהיורשים ולא נטעון להם מחילה עיין שם:

ב' דין י"ד ישבע המלוה וכולי וגובה חובו מהלוה וכו' רש"י בפ"ד דסנהדרין גבי דנזקקין לתובע תחילה וכו' פי' כגון התובע את חבירו לדין שהלוהו וזה טוענו משכון יש לי בידך ואבד וכולי וכתב ר' יונה וז"ל נראה דוקא שיש לו שטר לאותו תובע כלומר הוא תובעו לשמעון בשטר והוא אומר הרי נטלת ממני משכון וכולי וראובן מודה לו או שיש עדים לשמעון שאם אין ראובן מודה ושמעון אינו מביא עדים פשיטא שאין נזקקי' לו שאין ממש בדבריו וכמו שאינו נאמן לומר פרעתי כך אינו נאמן לומר משכון וכו' ואי משום דמחייב לאשתבועי ליה היסת ולא מחייב עד דפרע ליה נהא לא איצטריך קרא שהרי שבועת היסת אינה מן התורה הילכך ע"כ אית לן למימר דיש לו עדים לשמעון או שראובן מודה אלא שאומר נאנס כלומר בליסטים מזויין ושמעון אינו מאמינו בכך ואומר לא כי אלא אבד ואתה חייב מדין ש"ש נזקקין לטענת ראובן ואומרים לשמעון שיפרענו ואחר כך נזקקין לטענתו לאחר שפרעו א"ל שישבע לו על משכונו שנאנס וכן אפי' בלא שטר ובלא עדים ששניהם מודים זה לזה זה אומר מנה לי בידך וזה אומר אבל יש לי משכון בידך וזה אומר נאנס א"ל שלם ואחר כך ישבע שנאנס אבל אם אין לו שטר ושמעון מודה בהלואת ראובן וראובן כופר במשכון אין נזקקין לראובן תחילה אלא מתוך שיכול שמעון לומר להד"ם או פרעתיך נאמן וישבע שמעון שבועת היסת וכו' עכ"ל ומ"ש אלא שאומ' נאנס כלומר בליסטים מזויין וכו' נראה דס"ל דאם נגנב באונס כגון שהעמיק בקרקע ק' אמות או שתקפתו שינה או חולי חייב ולא הוי אונס אלא ליסטים מזויין כדין כל ש"ש דחייב בכל גניבה ודלא כמהרש"ך וקצת אחרונים דסבירא להו דבמשכון דלא חשיב ש"ש אלא משו' פרוטה דרב יוסף לא הוי כש"ש ממש דמחייב בנטירותא יתירתא

וכבר הוכחתי לעיל הפך דבריהם ע"ש ובעל העיטור בסוף דיני בירורין דנ"ד ע"ב כ' וז"ל כגון ראובן טען לשמעון מנה והלה אומר הן ונתתי לך משכון וכו' וראובן אומר לא נטלתי ממך כלום נזקקין בתחלה לטענת ראובן ואומרי' לשמעון פרעהו ואחר כך נזקקין לטענת שמעון וה"מ דנזקקין לטענת ראובן תחלה כגון שיש לראובן שטר מן המנה שחייב לו שמעון אבל אם אין לו שטר מן המנה אין נזקקין לו תחלה דמתוך שיכול לומר אין לך בידי א"נ פרעתיך וכו' עכ"ל הרי דאפי' ראובן כופר במשכון נזקקין לטענתו תחילה :

ג' דין ח"י נשבע הלוה שלא הלוהו אלא שקל וכו' נשבע שבועת היסת דהמשכון הוי הילך ולא הוי מודה במקצת כמ"ש בשכ"ז עיין שם :

ד' דין ל"ו משכונו של ישראל ביד גר וכו' הרשב"א בתשו' חלק שני סימן רנ"ב בגר שמת בלא בנים והיתה לו אשה ובא אחד וזכה בנכסים כת' וז"ל ולעיקר הדין אני דן לפניך שאם הניח קרקע ודאי האשה גובה כתובתה ממנו לפי שכבר חל שעבודה וכולי והוא הדין בשכתב מטלטלין אג"מ ואין הפקר ולא הקדש דמים מפקיעין מידי שעבוד וכו' אבל מה שהביא רבינו ראייה ממשכונו של גר אינה ראיה דשאני התם דקני ליה למשכון מדר"י ואפי' משכון בשעת הלואתו וכו' עיין שם מבואר דס"ל משכון לא הוי כשעבוד דהקדש מפקיע ליה אלא גופו קנוי ואפי' משכון בשעת הלואתו מיהו אין ב"ח קונה משכון אלא במטלטלין ולא בקרקעות כדמוכח בהדיא בפרק השולח וכן כתב הרי"ף בפ' כ"ש עיין שם וא"כ רבי' דמיירי בקרקע שפיר הוכיח משכונו של גר אע"ג דלא משכון אלא לשעבוד אין ההפקר מפקיעו :

סימן ע"ג

כ"ד דין ז' מ"מ היה צריך לפרוע השטר ולא היה נאמן לומר שפרעו והוא הדין בנדון זה עכ"ל אבל ראיתי למהרא"ש בסימן ע"ד שנסתפק בזה בכונת הרשב"א אי נאמן לגבי השבועה והכריע דדוקא לגבי הממון אינו נאמן דחייב לפרוע מכח הזמן שבשטר אבל אין כופין אותו מכח השבועה דהוא אזיל לטעמיה דס"ל דמי שעבר על שבועתו שוב אינו חייב מכח השבועה עיין שם באורך ואיברא שהרשב"א בתשו' המיוחסות סי' רצ"א הביאו מרן הב"י סימן רכ"ח כת' הנשבע לפרוע לחבירו לזמן פ' או להזמין בתו לנישואין לזמן פלוני ולא עשה עובר בכל יום ויום על שבועתו אבל אם נשבע לעשות דבר ביום פל' ועבר היום שוב אין חיוב שבועה עליו וכו' ומור"ם בהגה שם בסעיף מ"א הגיה התי' דאם היה החייב בדבר לעשותו בלא שבועה אפילו עבר הזמן עובר על שבועתו בכל יום אבל אם לא היה חייב בדבר לעשותו אם לא היה בשבועה אם עבר הזמן שוב אינו עובר עיין שם ואף שאפשר לומר דהרשב"א בתשוב' זו לא איירי בפרעון חוב אלא שחייב עצמו להם מנה בשבו' וכהאי גוונא כתב הרב כנסת הגדולה ביורה דעה שם הגב"י אות כ"ע דהריב"ש בתשו' סימן תמ"ד שכ' על מי שנשבע לפרוע לזמן פ' ועבר הזמן לדעת הרשב"א שוב אינו עובר וכולי מיירי בנודר ולא בפורע עיין שם אלא דא"כ איך כתב מרן ואין זה סותר תשוב' מהר"י בן הרא"ש דשאני התם ששני עדים מעידין שעבר על שבועתו והא נדון מהר"י בן הרא"ש מיירי בפרעון חוב ואפי' שניהם מעידין שעבר על שבועתו אין נאמני' משו'

דנוגעין

דנוגעין בעדותהם דבלא"ז עדותם לא היו כופין אותו ב"ד מחמת השבועה מיהו בתשו' הריב"ש סימן תכ"ח מבואר דגם בפירעון חוב שחייב בלא שבועתו אם עבר הזמן לדעת הרשב"א שוב אינו עובר עיין שם :

סימן פ"ב

א' דין ב' משביעין אותו בנקיטת חפץ ויטול וכו' כתבתי בפנים דאם לא רצה לישבע וטען הלוה אי השבע וטול או קרע השטר שומעין לו משמע דאין צריך הלוה לישבע היסת ואין נר' כן דאפי' תפס ממון מן הלוה אין מוציאין מידו ה"נ אין מוציאין השטר מידו וכן נראה דעת מרן הב"י עיין שם ועתה נדפס ספר כסא אליהו וראיתי שכת' בשם א"ז דנשבע הלוה היסת וקורעים השטר אבל מתשו' הרא"ש משמע דמחזירין השטר ואין צריך הלוה לישבע ע"ש וכבר כתבתי דמתשו' הרא"ש אין ראיה דהתם משום דאין השטר ביד המלוה דמוכח שנפרע אבל אם השטר ביד המלוה ששטר שבידו מסייעו אפשר דאפילו לא רצה לישבע אין מוציאין אותו מידו ומכל מקום אחר שהא"ז כתב דנשבע הלוה (א"ה עד כאן מצאתי) :

סימן צ"ג

ב דין י"ג טען שמעון שיש ללוי חוב וכו' כ' הרדב"ז ח"א סימן י"ד על ראובן ושמעון שותפין והארגז של המו"מ ביד ראובן ופנקס החשבון ביד שמעון ומנה ראובן מעותיו ומצא מקצת מעות יתירים ונתברר אלו שהם של יהודה שהיה נו"נ עמו ונתנם לו וא"ל אלו המעות הם שלך ובא שמעון ואמ' שהם של השותפות כי הוא הכותב ויודע החשבון וראובן טוען שהוא יודע בבירור שהם של יהודה וז"ל ופשרו הדיינים בינו ובין שמעון בדבר זה ועתה חוזר ראובן על יהודה ואומר מה שנתתי לך בטעות היה שהחשבון היה ביד שותפי שמעון טען יהודה כבר הודית בב"ד שהם שלי וכו' וטען ראובן בטעות נתתי לך מה שנתתי ולא הודיתי אלא לינצל משמעון שותפי שאתה הלכת למרחוק ותו לא מהני הודאה בב"ד אלא כשהודה בפני בע"ד ואז לא היית בעל דיני אלא שמעון תשובה ודאי אי טעין יהודה שאחר שבאו המעות בידו ברור אלו שהם שלו פשיטא דהדין עמו ונשבע היסת ונפטר אבל הכא ודאי כשטוען יהודה איני יודע הדבר אלא ע"פ ראובן בזה הדין עם ראובן אע"ג דממ"נ טען שקר בב"ד לא אבד בזה זכותו כיון שע"פ אנו חיים ואם טען יהודה ישבע לי שנתברר אלו אחר שראה החשבון שביד שמעון שהם של השותפות נ"ל שמשביעין אותו היסת וכו' עיין שם ולכאורה נראה כן כיון דראובן טוען ודאי שטעה ויהודה טוען שמא הדין עם ראובן שהרי גבי מאן דמוזיף פשיטי מחבריה ואשכח בהו טופינא בכדי שאין הדעת טועה דאין צריך להחזיר כ' בעל התרומות שמ"ו ח"ד סימן ג' דה"ד אם לא תבע אבל אם בא הנותן ואמר טעיתי נאמן דבריא ושמא ברי עדיף והגד"ת שם דקדק כן מדברי הטור בסימן רל"ב עיין שם וכן כתב בהדיא בקיצור פסקי הרא"ש בפ' אז"נ אות י"ב וכן כת' ר' ירוחם הביאו מרן הב"י שם וכן כתב הרמ"ך הובא בס' א"ז למציעא סוף דס"ג וז"ל ואי לאו מתנה וכולי מיהו אי אתא מלוה וקתבע מחייב לאהדורי ניהליה וכו' וליכא עליה דמלוה שבועה כלל וכו' עיין שם הרי דאפי' שבועה אין צריך ובודאי נקטי' כוותיה נגד הג"מ דסבירא ליה דאפילו תבע אין נותנין לו ואפש' דגם הוא מודה בכ"ד דשאני התם בכדי שאין הדעת טועה דהוי כודאי שלא טעה אך ק' שהרי כ' הרא"ש בתשו' הביאו הטור בסימן קכ"ו סי"ט וז"ל ראובן קנה סחורה מלוי והמחהו אצל שמעון ואמר שמעון לפרוע ללוי מפני שהיה סבור היה לראובן מעות בידו ופרע קצת ללוי ושוב עיין בחשבונו ומצא שלא היה חייב לראובן כלום ולא רצה ליתן ללוי כלום יותר הדין עם שמעון וכו' אבל המעות שנתן כבר ללוי אינו יכול להוציאם מידו בטענה שטען טעיתי ולא היה לראובן כלום דאע"פ שנתן לו לקיים דבריו וכולי ועוד דלא מהימן לומר שטעה כדי להוציא מה שנתן כבר אדרבא אמרי' דקדק יפה וכולי ופסקו מרן בסי"ז וכתב הש"ך דגם בעל התרומות מודה דכיון שהוציא המעות מתחת ידו אינו נאמן לומר שטעה וכ"כ הרשב"ש סימן תע"ה עיין שם ואם כן הכא נמי שנתן לו וא"ל שהם שלו אינו נאמן לומר שטעה להוציא מידו מיהו מה שהודה כשתבעו שמעון שהמעות של יהודה יפה טען ראובן דאין ההודאה אלא להפסיד לשותפו שהרי גבי האומר שטר אמנה וכו' דעת הראב"ד דאם פרע לב"ח אחר שאמר שטר אמנה ובא לגבות מן הלוה חוזר וגובה ממנו אע"פ שכבר הודה לו שיכול לומר מתחילה לא נתכוונתי בהודאתי אלא להפסיד בעל חובי ור' יונה והרא"ש והטור סימן מ"ז ס"ל דאם מעצמו אמר שטר אמנה בלא תביעת ב"ח אינו חוזר וגובה בו אבל כשבא ב"ח לגבות מזה השטר אמר שהשטר אמנה הוא ודאי דאין כוונתו אלא לדחות ב"ח וחוזר וגובה בו עיין שם והכא נמי שהודה כשתבעו שמעון א"ל דאין כוונתו אלא לדחות והרשב"א במיוחסות סי' קי"ז הביא דברי הראב"ד וכתב ועוד נ"ל דלא אמרי' הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אלא בתובעו חבירו וכולי אבל אם הודה מעצמו יכול לחזור בו וכולי עיין שם וה' פני משה חלק שני סימן ק"א בשותפין שהודה א' מהם על השטר שהוא אמנה רוצה לומר דאפי' הודה בלא תביעה לא מהני הודאתו אפילו לגבי עצמו לכ"ע דשאני לגבי ב"ח דאין לו עסק בשטר אלא מדר"נ משא"כ שותפין ודחה חי' זה מדכתב הטור סימן קכ"ו גבי מעמד ג' דאם הודה הממחה שטעה בחשבון הוי הודאה וחוזר המומחה וגובה ממנו אלמא אף על גב דבשעת הודאה הי"ל למקבל עסק בחוב לא אמרי' דאין כוונתו בהודאתו אלא לדחותו עש"ב ואינו מוכרח דא"ל דמיירי כשהנותן עומד בהודאתו שטעה ומה שדחה הרב זה דאם כן גבי חלוקת החוב ל"ל למימ' טעמא לפי שבגרמתו נתחייב ת"ל דפרע בשבילו ע"ש נראה דהטור לא אמר ה"ט אלא בחלוקה דמתנה וכן הבין הפרישה שם מיהו מדברי הסמ"ע בסי' זה ס"ק ל"א שכתב אבל על שאמ' נפרעתי דכבר הודה שאין לוי חייב לו כלום אין בידו עוד לחזור עליו עיין שם נראה דסבירא ליה דאינו יכול לומר דאין כוונתו בהודאתו אלא לדחות שותפו :

סימן ק"ן

א' דין ב' אינם אלא במלוה ע"פ וכו' כ' הסמ"ע דדוקא אם מכר לו באונס ומה שהק' הט"ז דאם כן מאי פריך בגמ' מההוא דשטר מוקדם דנימא לא ניתן ליכתב עיין שם לק"מ דהתם נמי לא ניתן ליכתב מכח הנעשה בו כמו שטר שכתוב בו רבית והוי כמכר לו באונס וכמבואר בדברי הסמ"ע ועיין לה' הלכות

הלכות יו"ט דקפ"ו ע"ג מה שהאריך בזה :

סימן ק"ץ

דין י"ג הרוצה לחזור משניהם וכו' הרשב"ש סי' תק"ע פי' דאם חזר בו הלוקח ותובע מהמוכר מה שנתן לו והמוכר תובע מה שנשאר לו אין א' מהם יכול להכריח חבירו לא זה להחזיר לו המעות שקבל ולא זה לשלים דמי נוקחו דמספק אין מוציאין ממון ואם תפס המוכר מטלטלין או מעות כנגד דמי המכר אין מוציאין מידו אבל אין התפיסה במכר עצמו ע"ש הטעם מבואר דסבירא ליה דלא מיירי במוכר רוצה לחזור במקח אלא הלוקח רוצה לחזור והמוכר תובע מה שנשאר לו ועיין במהרימ"ט סימן ך' שכ' דהמוכר אינו יכול לחזור דהמקח בחזקת הלוקח ואין ספק מוציא מידי ודאי והרב כנה"ג הביא ראיה מתשו' הרשב"א שהביא הב"י סי' כ"ט ודחה אותה עיין שם באורך וכן כ' בש"מ למציעא בשם הראב"ד והריטב"א וז"ל וכתב הראב"ד דקני שהרי קנינו של זה ברור כי כבר החזיק בה או קנה בחליפין וחזרתו של זה ס' ואין ספק מוציא מידי ודאי מיהו כל שאין כאן שום קנין אחר אלא כסף זה כיון דעייל ונפיק אזוזי שתמו בחזקת שאינו קונה ועל הלוקח להביא ראיה דאי לא קרקע בחזק' בעליה עומדת עכ"ל ועיין בהסמ"ע :

סימן ר"ז

דין ד' ואף על פי שקודם המכירה אמר כן וכו' כ' הרדב"ז חלק שני סימן תק"ן על אחד שכתב גט לאשתו ואמר לעדים שרוצה ליתנו לה על מנת כו"ך ונתנו לה על ידי עדים אחרים סתם וז"ל תשוב' הדבר ברור שאם היו שם העדים הא' אשר שמעו התנאי וכו' אף על גב דמסרו לה סתם ודאי על התנאי הא' סמך וכן כתבו הראשונים אבל כיון שלא מסר הגט בפניהם אלא בפני עדים אחרים שלא שמעו התנאי מגורשת בלא תנאי אף על פי שהוא לוות ואומר על תנאי הראשון סמכתי וכו' כיון שהוא יודע שאין אלו העדים אשר שמעו התנאי ולא הזכירו בשעת מסירת הגט אחולי אחליה לתנאיה והשתא קא הדר ביה ואין שומעין לו עד כאן לשונו ומדברי הר"ן בפרק מי שאחזו מוכח דאפילו נגמר המעשה על ידי עדים אחרי' סתם אמרינן על דעת הא' הוא וכן מבואר בתשו' הרשב"א חלק שני סימן רכ"ט וזה לשונו שאפשר שהתנאי היה ביניהם קודם הקנין שלא בפני עדי השטר וכולי והתנו התנאי בפני עדים ונטלו הקנין סתם בפני עדי השטר ולא ידעו עדי השטר בתנאי וכו' אף על פי שלא התנו בפירוש בשעת הקנין כיון שסמוך לו התנו התנאי וסמוך לו נטלו הקנין סתם כמו שפירש בשעת הקנין דמי דעל דעת תנאי נטלו קנין ואין התנאי מתבטל מן הסתם עד שיבטלוהו בפירוש וכו' עיי"ש הרי בהדיא דאפילו לא הזכירו התנאי בשעת הקנין בפני עדי' אחרים אמרינן דעל דעת התנאי הוי (א"ה עכ"מ ואחר כך מצאתי בדף אחר גם מהריק"ו וכו') :

גם מהריק"ו שרש קכ"ט כ' על אשה שטענה על איש שבעלה באונס וזה לי' ואשה היא טוענת על דעת לישאנה ועל מנת כן מחלה ונתפתית לע"ד דאף אם נאמ' דבכי האי גוונא לא תועיל המחי' דחשיבה כמחילה בטעו' מכל מקום היינו דוקא היכא שהתנית כן עמו בשעת בעיל' ממש אבל אם קודם לכן הבטיחה כן ולאחר זמן בא עליה סתם ולא הזכירה לו באותה שעה שישאנה בכי האי גוונ' לא אמרינן דאדעתא דהכי מחלה כדמוכח בפ"ב דקידושין גבי ההוא דזבין לנכסי' אדעתא למיסק לארץ ישראל וכ' התוספות שמתחלה גילה דעתו שהוא מוכר על מנת כן ואפילו הכי אמרינן דמאחר שלא הזכיר זה בשעת מכיר' חשיב דברים שבלב ולא נתבטל המקח וא"כ לומר דהת' מיירי שמתחלה לא גילה דעתו ללוקח עצמו אלא אמר כן בפני עדים ומ"ה לא אמרינן דעל דעת כן מכר דהא אין הל' משמע כן עיין שם הרי בהדיא דסבירא ליה דתנאי שהתנ' קודם עם הלוקח עצמו או עם העדים לא מהני דבעי' תנאי בשעת המעשה גם מהר"ם אלשיך סי' ע"ח הוכיח כן דלא מהני תנאי דקודם המעשה וכ' בנ"ד וזה לשונו ול"ל כיון שעל ידי גילוי דעת שגילה לאביו והוא דיבר עם האשה נמשך שכתב לה גט הוי כאלו היה גילוי דעת בשעת מעשה דהא ליתא שהרי מ"ש המפרשים בההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל שאם גילה דעתו קודם המכירה לא מהני אם לא חזר לגלות בשעת המכר מי לא עסקינן דאף על גב דקאמר לסרסור אני רוצה לעלות לארץ ישראל דיבר עם פלוני שיקנה נכסי והלך ודיבר לו ונעשה המכר ואף על פי כן אמרינן דכיון שלא הזכיר בשעת המכר לאו כלום הוא וכו' עיי"ש :

סימן רכ"ה

דין ב' אבל וכולי בין בדין המלך וכולי משמע דאם יכול להוציא מתחת ידו בדינינו חייב באחריותן וטעמא דמסתבר כיון שמכר דבר שאינו שלו מן הדין דין הוא שיתחייב באחריותו אף על פי שלא נכתב בשט' וכו' הרדב"ז ח"ב סימן תש"ג עיין שם :

סימן רל"ה

דין ט"ו הג"ה גובה ממנו מבעל חוב וכולי כתב הסמ"ע הטעם כיון דדעתו סומכת על זה דהחזיק בקרקע ולא הוה כתוב לגבות ממשעבדי עיין שם ודבריו אינם מובנים לי דאם כן בלוקח שדה מחבירו ונמצאת שאינה שלו אמאי גובה הקרן מנכסים משועבדים כמבואר לקמן בסימן שע"ג ועיין להרב הלכו' יום טוב דף קפ"ו עמוד רביעי מה שהאריך בזה :

סימן ר"ן

דין ח"י אם כתבו ונתנו לאחר מיתה ואין שם עדים שא"ל כתבו ותנו הרי השטר כשר דדייקינן טעמא דאמר כתבו ותנו הא לא אמר כתבו ותנו כותבי' ונותני' אפי' לאחר מיתה ועל היורשי' להביא ראיה דאמ' המת לעדים כתבו ותנו כדי לבטל השטר הרמ"ה בפרק י"נ סימן קע"ג עיין כס :

מחלק ארח חיים

סימן תרנ"ח

דין ט' כ' ה' משאת משה א"ח סימן ד' בא' שגזל אתרוג ובירך עליו ביו"ט וחזר והלך לפייס חבירו בממון ומחל לו לגמרי ולא קיבל המעות דזכה למפרע במחילה דומיא דתורם של חבירו שלא מדעתו דבגלוי דעת הוי תרומה למפרע עש"ב איברא דהרמב"ם פ"ה מה' אישות כ' וז"ל הנכנס לבית חבירו ולקח לו כלי או אוכל וקדש בו את האשה ובא בעה"ב אע"פ שא"ל למה לא נתת לה דבר זה שהוא טוב ממנו שנתת לה אינה מקודשת שלא אמר דבר זה אלא כדי שלא יתבייש עמו עכ"ל וכן כתב הטור ומרן בא"ה סימן כ"ח עיין שם וכ' המח"א ה' גזילה סימן י"ב משמע דאם ידעי' דלאו משום כיסופא קאמר ע"ד כגון שלא ידע בעה"ב שלקח ובא וא"ל טול מאלו היפות מקודש' וק' דהא קי"ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אלא נראה דס"ל דכל דליכא למיחש לכיסופא גלוי דעת מהני ויאוש שאני משום דמה שמתייאש אח"ך אינו מרצונו עיין שם אם כן הכא נמי שהוסיף ומחל לו דלא משום כיסופא קאמ' למפרע נמי ניחא ליה ועוד אפשר דסבירא ליה להרמב"ם והטור דמלוה דרמי עליה חובא כגון להפריש תרומה בגילוי דעת סגי אבל במלוה דלא רמי עליה כגון קידושין אמרי' דילמא משום כיסופא קאמר אבל אי ידעינן ודאי דלא משום כיסופא קאמר דלענין זה אין חי' בין מלוה למלוה דכיון דהשתא דניחא ליה למעבד מלוה בממוניה אמרי' מעיקרא נמי ניחא ליה ובפ' א"מ דאמרי' דהשואל ס"ת מחבירו לא ישאילנו לאחר דלא אמרי' ניחא לאינש למעבד מלוה בממוניה וכתב המרדכי והגמ"י דמיירי שלא מדעתו דהא ודאי לא ניחא אבל לקיומי מלוה בממוניה מדעתיה ניחא ליה עיין שם אם כן אם גילה דעתו דאינו מקפיד אמרינן מעיקרא נמי ניחא ליה למעבד מלוה בממוניה אפילו שלא מדעתו אבל הריטב"א בחי' בפרק הא"מ כתב דאם הוה אמרי' דכלך אצל יפות הוי גילוי דעתא דניחא ליה סגי בהכי דהשתא איתנהו לקידושין ביד האשה בעין שלא נתאכלו וזכה אידך בהו השתא דמכאן ולהבא הוא זוכה עיין שם וה' בית שמואל בא"ה סי' כ"ח ס"ק מ"ד הביא דברי הריטב"א וכתב וז"ל וכן מוכח דמיירי הסוגי' לענין קידושין אם הם חלים מהשתא ולא איירי דקידושין חלים למפרע דהא קיימא לן יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אם כן ל"ל טעם משום כיסופא ת"ל למפרע לא הוו קידושין דלא אמרי' מדמחל השתא מחל למפרע כמו דלא אמרינן ביאוש שלא מדעת וכולי עיין שם ולא דק דרבא הוא דאמר ה"ט דהוא סבירא ליה דיאוש שלא מדעת הוי יאוש אבל הרמב"ם והטור שכ' טעם זה אף על גב דקיימא לן כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש סבירא להו דלא חלו הקידושין אפי' עכשיו מה"ט ועיין בס' שער המלך בפ"א מה' גירושין שהי' כן ולא זכר דברי ה' ב"ש ומה שדקדק שם מדברי רש"י שכ' הבא וכו' שלא יכסוף אבל למפרע לא ניח' ליה משמע דאפי' משום כיסופא קאמר מחילתו מחילה אלא דלא חשיבא מחילה למפרע ואפ"ה אינה מקודשת כלל דהא ודאי דוחק לומר דס"ד לענין שלא תהיה מקודשת למפרע אבל מודה דמקודשת מכאן ולהבא עיין שם כבר דחה זה ה' ב"ש דבפ' הא"מ מוכח דלא מהניא מחילה אפי' למכאן ולהבא מה"ט דמחמת כיסופא קאמר אלא דסבירא ליה דמיירי בסרסור שיש לו חלק דהשתא יכול להקדש וכ"כ הב"ח שם אבל הרמב"ם והטור מיירי באדם אחר אפילו מכאן ולהבא לא חיילי הקידושין אבל למפרע בלא"ה לא זכה דמחילה דהשתא לא מהניא למפרע ושוב ראיתי בספר גט מקושר למהר"י נבון בפי' להרא"ש ה' סוכה דקי"ג וקי"ד שדחה דברי ה' משאת משה והסכים דלא יצא ידי חובתו וצריך לקיים המצוה אח"ך אם אפשר אבל בלא ברכה עש"ב ושם דף קי"ז ע"ג כ' עוד סתירה ממ"ש הרשב"א בחי' וז"ל והא דאמרי' הכא החזירו יצא משום וכו' כאומר מעכשיו דמי אבל כי ליכא מעכשיו ולא יצא דהא לא זכה עד לאחר חזרה וכו' עיין שם אלמא אפי' במתנה ואינו גזל לא יצא משום דלא זכה בו עד לאחר חזרה וכ"ש דלא יצא בגזול במחילה דבתר הכי עיין שם ולא היה צריך להק' מדברי הרשב"א דכן מוכח בהדיא בפ' מי שאחזו דף ע"ד גבי הרי זה גיטך ע"מ שתתן לי ר' זוז הרי זה מגורשת ותתן רב הונא אמר והיא תתן ור"י אמר לכשתתן ומותבי' מברייתא דתנאה הוי ומשני' א"ל ר"י הא מני רבי היא דאמר כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ופליגי רבנן עליה והנא דאמרי כרבנן וכ"כ הרמב"ם בפ"ו מה' אישות וז"ל המקדש על תנאי כשיתקיים התנאי תהיה מקודשת משעה שנתקיים התנאי ולא משעה שנתקדשה וכולי בד"א כשהיה שם תנאי ולא אמר מעכשיו אבל אם א"ל הרי את מקודשת לי מעכשיו וכו' הרי זה מקודשת למפרע משעת הקידושין אע"פ שלא נעשה התנאי אלא לאחר זמן מרובה וכולי וכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו וכו' הרי חלר זה נתונה לך במתנה ע"מ שתתן לי ר' זוז הרי תנאו קיים כשיתקיים התנאי תזכה זו בחלר ותתקדש זו ותתגרש משעה א' וכו' וכ"כ הטור ומרן בא"ה סי' ל"ח עיין שם אלמא בלא מעכשיו לא חלו הקידושין והגט והמתנה למפרע דלא זכתה עד לאחר קיום התנאי וכן בגיטין דע"ה מוקי רב אשי ברייתא דקתני ע"מ שתחזירי לי את הנייר מעכשיו כר' דאמר האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי עיין שם אלמא בלא מעכשיו אינה מגורשת משום דלא זכתה עד לאחר חזרה אבל נראה דל"ד כלל דהתם בתנאי ודאי דלא חל הקנין למפרע אלא משעת קיום התנאי אבל הכא לענין גילוי דעת מהני למפרע דאמרי' כיון דמחל השתא מחל למפרע ושלו הוא נוטל (א"ה עיין מ"ש ה' המחבר עוד מזה בהשמטות שנדפסו בס' חקת הפסח בא"ח סימן תרנ"ח עיין שם) :

מחלק יורה דעה

סימן ס"ו ס"ט ע"ג ע"ו

סימן ס"ו

דין א' בין טמאים וכו' כתב הרב בית חדש דנפקא מינה לדידן אם נתערב דם טמאה בדם דגי' וחגבים הוה ליה מין במינו במשהו לרש"י אבל אם אין בו איסור דם הוה ליה מין בשאינו מינו דבתר שמא אזלי' וכ"ש ע"ש וזה דוחק דהטור בסימן צ"ח סבירא ליה כר"ת והרא"ש דמין במינו בס' וכן פסק מרן שם עיין שם ואם כן למאי נפקא מינה כ' דאיסור דם נוהג אף בטמאים ועוד דאפילו אין בו איסור דם מין במינו מקרי דומיא דבילים טמאים בבילים טהורות דמין אחד הם כמו שכ' המרדכי בפרק ג"ה עיין שם ונראה דנפקא מינה לדם טמאה שנתערב בתבשיל של בשר ונספק בענין שאין יכולי' לשערו אם אין בטמאים איסור דם הוה ליה מין במינו וכשנודע שהיה רובו היתר מותר כמבואר בסימן צ"ח אבל השתא שיש בטמאה איסור דם ובשר מין שלא במינו הוא וצריך ס' כמו שכ' בספר עה"ש סעיף ט' אות י"ט עיין שם:

סימן ס"ט

דין א' צריך להדיח הבשר קודם מליחה וכולי כתבתי בספר עה"ש שדעת רש"י והרמב"ם ור' יהונתן בספר תמים סימן דאסור מדאורייתא וכן כתב הרדב"ז בתשו' חלק שני סימן קל"ט שכן נראה דעת הרי"ף וכן כ' הר"ן בחי' בפ' העור והרוטב ע"ש וכן ראיתי בשו"ת בשמים ראש סימן ל"ד שכ' על חתיכת דם שנמצא בתוך הקדרה ובאותו יום הקיז אדם דם והיה הכלי מונח סמוך לקדירה ולא ידעו אם הוא דם האדם שנפל שם או דם בהמה חיה ועוף והתיר השואל משום דהוי ס' דרבנן דדם שבשלו או מלחו דרבנן וכ' ה' דחלילה לסמוך על סבר' זו באיסור כרת עיין שם וכבר כת' בשם הרשב"א במ"ה דע"ה דאף להסוברים דהוי דרבנן כיון דעיקר דם דאורי' החמירו בספיקו כשל תורה וכי האי גוונא חילקו התוס' והרא"ש בפרק כל הבשר דף קי"א בין דם שחוטה לדם שבשלו עיין שם ומכל מקום כת' הרב דכיון שדם האדם היה מונח אצל הקדירה לא חיישינן לדם אחר הבא מבחוץ ודם האדם שנתערב אינו אוסר תערובתו ויש להביא ראיה דדם שבשלו או מלחו אסור מדאורייתא מדפרכינן בפרק כל שעה דף כ"ב לרבי אבהו והרי דם וכו' וא"א נילף דם בקל וחומר מחלב שאין היתר לאיסורו ומותר בהנאה דם שיש היתר לאיסורו על ידי בישול או מליחה אינו דין שמותר בהנאה אלא ודאי דם שבשלו או מלחו אסור מדאורייתא:

ב' דין י"א בשר שנתבשל בלא מליחה וכו' אם נתנו במים רותחין על האש מרן הב"י סימן ע"ג נראה דלא מהני חליטת רותחין לבשר ולא לכבד וכבר כתבתי בספר עה"ש דמבואר בדברי הרשב"א דשיי' בבשר חליטת רותחין אלא משום דלא בקיאים בהחליטה תקנו מליחה אם כן בדיעבד מותר וכן כ' הריטב"א בחי' עיין שם וכן ראיתי בתשו' הגאונים סימן ל"ח וזה לשונו היכא שאין לו מלח למלוח הבשר אם יכול לאוכלו צלי מוטב ואם לאו יחתכנו חתיכות וירתיח הקדרה עד דסליק עמודא וישליך בה נתח אח' ועוד ירתיח עד דסליק עמודא וישליך בה נתח אחד וכן יעשה עד שישלי' כל הנתחים ודבר זה אסור למוסרו לעמי הארץ ולנשים לפי שאינן יודעים להעמיד איסור והיתר על מקומו עד כאן לשונו הרי דמהני רותחין לבשר ומ"ש ועוד ירתיח וכו' נר' דהאי טעמא כמו שכ' מרן הב"י בא"ח סי' תנ"ב גבי הגעלה וז"ל ומ"ש בתשו' הגאוני' שיזהר שלא ינוחו המים מן הרתיחה וכו' לפי שכיון שאין המים רותחין אינה הגעל' אבל אם נחו ואחר כך הרתיחן והגעיל בהם כלים פשיט' דעלתה להם הגעלה וכן כת' בתה"ד שמי שיש לו כלים הרבה שמגעיל זה אחר זה ורגילות הוא כשמכניסן כלי א' נייחי המים מרתיחתן צריך להמתין בכל כלי עד שישובו המים ויעלו רתיחה וכולי עיין שם והכא נמי כשמשליך חתיכה א' נייחי המים מרתיחתן ולכך צריך להמתין בכל חתיכה עד שישובו המים ויעלו רתיחה ואם נחו ואח"ך הרתיחן מהני כמו הגעלה:

ג' דין ח"י בשר שנמלח בכלי שאינו מנוקב וכו' א' דרכו למלוח בשר על קערה קטנה ומני' אותה בתוך כלי חרס גדול שמשתמשים בו להדיח בתוכו כלי אכילה במים רותחין והאפר והציר הנוטף מן המליח' היה יורד דרך אחוריים של הקערה הקטנה ומתקבץ בשולי הכלי הגדול וגם באחורים של הקערה הקטנה שהיו מניחי' הבשר עליו למלוח מתקבץ קצת ציר בבית קבול קטן שבאחורי הכלי כתב הרב זרע אמת סימן כ"ה דלכאורה כיון דקיימ"ל דבשר שנמלח בכלי שאינו מנוקב אינו אסור אלא מה שבתוך הציר שמא מקצת חתיכה שהיה בתוך הציר הוא מועט ובטל בס' במה שנתבטל בקדרה ודם שמלחו דרבנן והוה ליה ס' דרבנן:

סימן ע"ג

דין ו' ונמצא כבד בעוף צלי מותר אבל לכתחיל' אסו' להניח שום אבר בתוכו ומורי היה מזהיר בביתו להוציא את הריאה קודם צלייה וקודם מליחה והעולם אין נזהרים בריאה וכו' והחוש יעיד שהיא כולה דם יותר מן הכבד וראוי ליזהר לכתחילה שאלות ותשובות בשמים ראש סימן ס"ב עיין שם:

סימן ע"ו

דין א' וצלי אין צריך מליחה וכו' בספר עה"ש אות ג' כתבתי בשם הרב כנסת הגדולה וה' דבר משה בח"ג סימן ג' דמותר לצלות על קרקע התנו' גרוף וקטום אלא חום לבד ולא חיישי' שמא אחר שנפלט הדם חוזר ובולע דחום לבד שורף עיין שם וכעת ראיתי לה' ציון לנפש חיה בפ' כ"ש שנסתפק אם מותר לצלות בתו' תנור חם אבל על חרס התנור אסור דחום מוציא את הדם אבל אינו שורף ע"ש:

סימן פ"א

דין א' חלב בהמה וחיה טמאה וכולי בפרק קמא דבכורות ילפינן מגמל גמל ב' פעמים לאסור חלבן ור"ש יליף מאת הגמל וכולי עיין שם ומה שהק' הר"ב בא"ז לכתובות דף ס' דמדאילט' הוא למעט חלב מהלכי שתים ש"מ דחלב בהמה טמאה אסור דאל"כ ל"ל למעט אדם עיין שם לק"מ דס"ד דחלב בהמה טמאה נמי מותר והוא אילטריך לבשר אדם הוא טמא ואין בשר אדם טמא ואפילו למ"ד דס"ל דבשר אדם אסור בלאו מק"ו בהמה טמאה הייני לפי האמת דחלב בהמה טמא' אסור מוקמי' מיעוטא דהוא לחלב אדם דוקא אבל אם לא כתיב רבוייא לאסור חלב בהמה טמאה הו"א דחלב בהמה טמאה מותר דהוא אתא למעוטי בשר אדם :

סימן פ"ז

דין א' הג"ה כל בשר בחלב שאינו אסור מן התורה מותר בהנאה בשו"ת בשמים ראש סי' קמ"ד כתב בחלב שנפל על בשר עוף חם ונבלע בתוכו ולא ידעו כמה לשערו אם אסור לטלטלו בשבת כיון שאסור לאכלו וכולי ואם היה אסור בהנאה אסור בטלטול ג"כ אף ע"ג דספק הוא כדמשמע וכולי דספק מוקצה אסור בטלטול וכו' אך כיון דבשר עוף בחלב דרבנן אנו רגילי' לפסוק כדברי הרמב"ם דכל בב"ח דרבנן מותר בהנאה וכו' אלא שלא יכולתי לעמוד על דעתך שנראה דחשבת דבשר עוף בחלב דאורייתא דאי דרבנן הרי ספק מותר לגמרי עיין שם וכבר כתבתי בס' עה"ש אות ד' וי"ב דהתו' והר"א ממיץ וס' התרומה והסמ"ג והמרדכי דס"ל דבשר עוף בחלב אסור מדאוריית' וגם בב"ח שאינו אסור מדאורייתא סובר הר"א ממיץ והר"ן והריטב"א ומהרי"ל דאסור אף בבישול ובהנאה עיין שם ואם כן בשר עוף בחלב אין להקל נגד כל הני רבוותא אבל בכבוש ומלוח דלכ"ע הוי דרבנן יש להקל :

סימן צ"ב

דין ד' ולא בשאר איסורי' וכו' הטור כת' שכן דעת אביו הרא"ש עי' שם בב"י ובס' עה"ש הוכחתי כן ממ"ש הרא"ש בפרק כ"ש דצריך להגעיל היורה גדולה תחילה כדי להגעיל בה שאר כלים משום דאין המים שבתוכה ס' לבטל פליטתה דכולה משערי' ודוקא כשהיא ב"י וכו' וא"א הרי המים שהגעיל בהם תחילה נאסרו ונעשו נבילה וחוזר ובולע אלא ודאי אין חנ"נ בשאר איסורי' ואם כן אף שאין ס' במים לא נאסרו וכשחוזר ומרתיחו במים אחרים להגעיל בו שאר כלים אותו מעט איסור שבלע תחלה בטל עכשיו בס' במים וכו' וכ"כ עוד הרא"ש שם דלא גזרו להגעיל כלי שאינו ב"י אטו ב"י כמו בתבשיל דהתם אם יבשל בכלי ב"י אסור מה"ת וכו' אבל הכא אם יחזור ויבלע דבר מועט הוא ונ"ט בר נ"ט הוא וא"א הרי כל המים נעשו נבילה ואסור מן התורה אלא ודאי אין חנ"נ בשאר איסורים עיין שם ונראה דלדברי הר"ן דחנ"נ בשאר איסורים מדרבנן ולא מדאוריית' ניחא דהתם אם יבשל בכלי ב"י אסור מן התורה וכו' אבל הכא אף שכל המים נבילה אינו אסור רק מדרבנן ונ"ט בר נ"ט הוא מיהו הרא"ש בפ' ג"ה שהק' איך הגעילו במדין כלי גדול וכו' נראה דס"ל דאסור מדאורייתא דלדברי הר"ן ניחא דיכול להגעיל כלי גדול ב' פעמים עי' שם ובשו"ת בשמים ראש סימן ג' הוכיח דהוי דרבנן ואם כן ראוי לפסוק כדברי המיקל דאין חנ"נ בשאר איסורי' עש"ב :

סימן צ"ה

דין א' הג"ה רק עלו וכו' כתב הרדב"ז בתשוב' חלק רביעי סי' ש"א קנ"ח על מעשה שהרתיחו שמן ביורה חולבת והשליכו לתוך תבשיל של בשר דנ"ט מותר לכתחי' וכו' ואפי' לדעת רש"י שכתב בשמו דהא דאמרינן דגים שעלו בקערה דוקא שעלו וכו' אבל בנתבשלו אסורי' דעיקר הטעם נפלט מן הכלי וכו' י"ל שלא החמיר רש"י אלא לאוכלם בכותח לכתחי' אבל בדיעבד מודה דלא עדיף מנ"ט לפגם דמותר בדיעבד וכו' ע"ש וא"כ כן שהרי כתב הרא"ש בפ' כל הבשר דיש מקשים על רש"י מדאמרינן בפ' דם חטאת דכל יום נעשה גיעול לחבירו ומותר לבשל שלמים בקדרה שבשל בה שלמים אתמול ולא אמרי' דממעט זמן שלמים דהיום משו' טעם שלמים דאתמול שנעשה נותר הלילה אלא משום דטעם ב' הוא של היתר שלמים דאתמול בקדרה ובקדרה לשלמים של היום ועדיין הוא היתר עד שיעשה נותר הלילה אלמא אפילו נתבשלו שרי וכן הוכיחו התוס' שם וא"א הא דוק' לכתחי' אסור לאכלו בכותח מדרבנן א"כ במקדש אוקמי' אדאורייתא דמותר אפילו לכתחי' ועוד כ' הרא"ש וקערו' שנשתמשו בהם בשר שהודחו ביורה חולבת ושניהם ב"י הו"ל נ"ט בר נ"ט וכו' ולפי' ריב"ן דאסר נתבשלו אסורות הקערות והיורה ול"נ דאפי' לריב"ן הכל מותר דלא אסר נתבשלו אלא לאכלם בכותח שטעם ב' של הבשר נ"ט לתוך ממשות של חלב אבל הכא שטעם הב' של הבשר שבתוך המים אין נ"ט לתוך ממשות של החלב אלא נתערב עם טעם שני של החלב שבתוך המים נראה שהמים מותרים והכל מותר וכולי עכ"ל הרי בהדיא דאם טעם שני של הבשר שבתוך המים נתערב עם ממשות החלב אסורים אפילו בדיעבד והמרדכי בפ' א"ע כ' מעשה בא לפני ר"י שבשלו דבש במחבת של בשר ב"י והריקו חם בקערה של חלב ב"י והתיר משום דשמנונית בדבש נט"ל אבל אם לשבח משמע דאסור משום דס"ל דגים שעלו בקערה דוקא עלו אבל נגלו לא עיין שם הרי דטעם ב' של בשר שנתנו אפילו בכלי של חלב אסור אבל מדברי הרא"ש נר' דדוקא טעם שני של בשר שנתערב בטעם שני של חלב הוא דמותר אבל אם נתנו בכלי דהוי טעם א' אף על גב דאינו בעין אסור וכל שכן אם נתערב בממשות בודאי אסור :

סימן צ"ח

דין ב' אבל אם נתערב בשא"מ וכו' חלב שנפל לבשר עוף וגספק שאין יכולים לשערו הרב שפתי כהן כתב דלמאי דקיימא לן דבשר עוף בחלב אינו אסור רק מדרבנן הוי ס' דרבנן ולקולא וכן הסכים הפר"ח והרב מנחת יעקב בכלל פ"ה ס"ק מ"ו ע"ש וכן ראיתי בס' בשמים ראש סימן קמ"ד ע"ש בהגה ועמ"ש בסימן פ"ז אות א' :

סימן ק"ג

דין ד' בשר או חלב ביין הוי לפגם ומותר בתשובות

נודע ביהודה סימן ל"א כתב על מי שהורה ביין שבשלו בכלי בשר בן יומו והגיסו בכף חלב בת יומה דהכל מותר ומה שהתיר הכלים לא ידעתי טעם אפי' אם חלב פוגם ביין מכל מקום הקדרה אסורה כמבואר בסי' זה בהגה סעיף ב' וכן הכף נאסר וכו' ונרא' עיקר דיפה הורה להתיר הכלים דדוקא כלי שבלע טעם מושבח אסור להשתמש בו אחר שנפגם שמא ישתמש בו בעודו מושבח אבל אם תחילת בליעתו פגום מותר כדקי"ל בסימן ל"ד בתותב כף חלב שאינו ב"י בקדרה דהכף אסורה והקדרה מותרת וכן בסימן ל"ה אם נתנו אפר במי חמין בורה קודם שהגיע הקדרות בתוכה אף על פי שהשומן דבוק בהם מותר דע"י האפר הוא נט"ל עיין שם והיינו משו' שהאפר פוגם השומן ונבלע בכלי דבר פגום והכא נמי כיון שהיין פוגם החלב והבשר והכף והקדרה כל א' מהם בלעו איסור פגום :

סימן קכ"א

דין א' הלוקח כלים ישנים וכו' ראיתי להרש"א בס' משחא דרבותא באחד שרצה לעשות תירוש מעורב עם סלת הנקרא כפ'תא בכלי של גוים איך מה יהיה הכשרו שכתב וז"ל ולכאורה נראה די געיל הכלי הגדול שמבשלים בו התירוש ואחר כך מרתיח בו מים אחרים להגעיל בו שאר כלים שעושים עליהם הכפ'תא ואחר כך חוזר ומגעיל אותו הכלי הגדול עצמו כיון שהגעיל בו הכלים וכולי מיהו הא קיי"ל אין להגעיל כלי איסור שהוא ב"י אם לא יש במים ס' וקי"ל גבי יין דאין חי' בין כלי ב"י לשאינו ב"י בעי' ס' ואין כלי מחזיק ס' כנגד כולו ואם כן אין לו תקנה ואם הכלי הזה מבשלי' בו הגוים גם כן בשר נראה דמהני הגעלה שהרי כתב מור"ס סימן ק"ג דבשר ביין הוי לפגם ומותר ואם כן הבשר שבשל בו פוגם טעם היין הבלוע בו וכשאינו ב"י מבשול הבשר מותר על ידי הגעלה אבל אחר שעושין בו היין בלא הפסק בשר בנתיים אינו נכשר על ידי הגעלה וכולי עיין שם בהורך ונראה דאפילו עשו בו היין בלא בשר בנתיים או אפי' הוא ב"י מבשול הבשר מהני הגעלה שהרי כתבו התוספות והרא"ש בפ' ג"ה דבמדין הגעילו כלי גדול שני פעמים דאף על גב דאין במים ס' לבטל פליטתו וחוזר ובולע כיון דלא נעשו המים נבלה כשחוזר ומגעיל אותו מעט איסור בטל בס' דמים עיין שם וה"נ כשמגעיל כלי גדול תחילה אע"ג דאין במים ס' לבטל פליטתו וחוזר ובולע כשחוזר ומרתיחו במים אחרי' להגעיל בו שאר הכלים אותו מעט איסור שבלע תחילה בטל עכשיו במים וכבר הבאתי בסי' ל"ח אות י"א מ"ש הרא"ש בפ' כ"ש דצריך להגעיל היורה גדולה תחילה כדי להגעיל בה שאר כלים משום דאין במים שבתוכה ס' לבטל וכו' וכן מצאתי בדרישה בא"ח סי' תנ"ב ע"ש ומאי דפשיטא ליה לה' דאם בשלו בכלי בשר פוגם הוא טעם היין הבלוע בו לדידי מיבעיא לי דא"ל דדוקא בשר פוגם היין בעין אבל פליטת טעם הבשר אינו פוגם היין הבלוע בכלי וכהאי גוונא כת' האחרונים דאין האפר פוגם אלא מה שהוא בעין ולא הבלוע בכלי כמ"ש בס' עה"ש סי' ל"ה אות טו"ב עיין שם :

ב' דין ד' מחבת שמטגנים בה וכו' כ' הרב שפתי כהן בתשו' הרמ"ע סי' ל"ו כתב הטעם מפני ש"ג רוב תשמישן בלא מים אלא ע"י שאר משקין כגון שמן והדומה לו וכו' משא"כ במחבת של חמן וכולי ולפ"ז גם במחבת של חלב או בשר צריך ליבון כיון דנבלע בלא שום אמצעי עיין שם ובתשו' הרמ"ע מבואר הטעם דמחבת ש"ג רוב תשמישן על ידי משקין ויש להם חלב מהותך וקרב דגים טמאים ודם וחלב בהמה טמאה וכיוצא שמטגנים בהם במחבת והיא בולעת מהם בלא אמצעי אבל מחבת שמטגנים בה חמץ בשמן של התיר בולעת על ידי אמצעי של התיר וכן מחבת שמטגנים בה בשר בשומן שגם הוא מין בשר או איפכא צריכא ליבון ע"ש בהורך אבל מחבת שמטגנים בה בשר בשמן סגי בהגעלה והרב שפתי כהן קיצר ודלא כמהרש"א בס' משחא דרבות' עיין שם :

סימן קכ"ב

דין ו' סתם כלי גוים אינו ב"י וכו' כ' הרדב"ז בתשו' ח"ג סי' תרל"ז על הקאוה וכו' ושותים אותו גוים אם מותר או אסור שאינו עולה על שלחן מלכים ללפת בו את הפת ואין בו משום בישולי גוים ואי משום גיעולי גוים הרי יש להם כלים מיוחדים לזה וכולי ואע"ג דלא סמכי' אסתם כלי גוים לא ב"י אלא אם בישל בדיעבד אבל לכתחילה לא וכ"ד לכתחילה הא ל"ק דגוים עצמם קפדי בכלים אשר עושים בו משקים או שקולי' בו פרי שיהא נקי ומלובן מכל טעם מפני שפוגם אותו ואם כן מותר לאכול הפרי ולשתית הקאוה ומכל מקום לשתות אותו במסיבה של גוים אני מסכים וכולי ואם צריך לו לרפואה ישלח ויביא לביתו וכו' עיין שם ונראה דסבירא ליה הדברים שבשלו הגוים בכליהם אף על גב דסתם כליהם אינו ב"י ה"ד אם בשלו ישראל בדיעבד אבל לקנות מהם מה שבשלו הם בכליהם אסור דהוי לכתחילה :

סימן קכ"ז

דין אינו נאמן וכו' נראה דה"ד דמעיד על דבר המגיע לחבירו בלבד אבל אם יש לו חלק בו והאי נאמן על שלו ומתוך שנאמן על שלו הכל אסור ה' חוות יאיר סימן קנ"ו ע"ש :

סימן קנ"ט

דין א' ד"ת מותר להלוות לגוי ברבית וכו' בתשובות הגאוני' ח"ב סימן א' כ' ר' סעדיא וז"ל הכי חזינן דרבית דגוי קי"ל וליכא לשמועי' דרחמנא לא אסר באורייתא וכו' ותנן לוים מהם ומלוים אותם ברבית מיהו מאן דמדקדק במלתיה לא לוזיף לגוי ברבית דכתיב מרבה הונו וכו' עיין שם ודבריו תמוהים דבגמ' פרכי' על הביא דמרבה הונו וכו' ממתני' דקתני לוים מהם ומלוים אותם ומוקמי' בכדי חייו או בת"ח דטעמא מאי גזור רבנן שמא ילמד ממעשיו וכיון דת"ח הוא לא ילמוד ממעשיו ע"ש אלמא דאסור דרבנן לכל אדם והדרב' לת"ח מותר :

סימן ק"ס

א' דין ד' הג"ה וגם האפטרו' פטור מלהחזיר וכו' אבל הרדב"ז בתשו' חלק שני סימן פ"ד כתב דמוציאין מידו ע"ש ונראה דסבירא ליה דאפילו האכיל ליתומים מוציאין מידם כדעת בעה"ת והמרדכי בשם מהר"ם וז"ל הריטב"א הובא בש"מ דאפי'

רבית

רבית קצוצה אינו אסור מדאורייתא ליתמי דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה וכל דאיכא איסור לגבי מלוה איכא איסור ללוה ולערב ולעדים ולסרסור וכל דליכא איסור למלוה ליכא איסור ללוה ולערב ולעדי' ולסרסור וא"כ הנלוה מעות של יתומים אינו נפסל לא מדאורייתא' ולא מדרבנן עיין שם :

ב' כתב ה' בית יהודה חח"מ סימן כ"א באפטרופ' של יתומים שנתן מעות משכונה לראובן על חצירו ואחר שעברו יותר מה' שנים ונפטר ועמד האפטרו' לגבות הקרן והפירות של ה' שנים בכת"י ראובן שעדיין הוא חייב הפירות והיה הלוה דר בחצירו דלכ"ע הוי ר"ק כיון שאינו ע"י שליש ואפי' לא הוי ר"ק אלא אבק רבית ומותר להלוות נכסי יתומים ברבית דרבנן ה"ד ללוה עצמו אבל הכא שניהם יתומים במלוה והלוה ואין לחייב יתומי' הלוה לתת א"ר שהיתה הלואה לאביהם ע"ש וגר' דא"ר שעלה בחיי הלוה מותר ליתומים להגבותו אפילו לאחר שמת הלוה וכן ראיתי להמש"ל בפ"ד מה' מלוה שכתב דהריות שעלה אחר שהגדיל היתום אסור אבל מה שעלה קודם שהגדיל גובה אותו עכ"ל והכא נמי הריות שהיה קודם מיתת הלוה גובה אותו וכ"כ מהרימ"ט ח"א סימן קמ"ד עכ"ל :

ג' דין י"ח כל רבית דרבנן מותר במעות של יתומי' וכו' אם נתן אביהם באבק רבית ומת אין היתומי' יכולים לגבות האבק רבית אע"פ שהם מותרין בו מהר"א מוגסין הובאו דבריו בתשו' מהרש"ך ח"ג סי' ב' והביאו המש"ל בפ"ד מה' מלוה דין י"ד ע"ש וכתב מהריק"ש בתשו' שבס' אהלי יעקב סימן ה' אע"פ שיש לחלק בין מ"מ בנשבע לפרוע לו או לבאי כחו חייב ליתן להם מכח שבועתו עיין שם הטע' :

סימן קס"א

דין רבית קצוצה יוצאה בדיינים וכולי כתב הט"ז נראה דוקא אם תבעו יוצאה בדיינים ומעשה בא' שאין לו מה לשלם רק מה שלקחו ממנו ברבית קצוצה מלוה שלו אינו יכול לגבות אותו דכל שלא תבעו הלוה שיחזיר אין כאן ממון עיין שם והרב כנה"ג חלק עליו ושאלת יעב"ץ ח"א סימן קמ"ז הסכים עם הט"ז עיין שם ועמ"ש בס' עה"ם ח"מ סימן ע' ומה שנסתפק בשאלת יעב"ץ שם :

סימן קס"ו

דין ב' י"א שאינו אלא אבק רבית וי"א שהוא רבית קצוצה וכו' מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סי' קנ"א כתב מאחר שהרמב"ם שנהגו העולם כמותו בדיני ממונות סובר שאין מוציאין מידו אין לנו כח להוציא מידו ע"ש ועיין בה' כנה"ג הגה"ט אות י"ט מחלוקת האחרוני' בזה ומהר"י הלוי כתב דאם מתחילה באו המעות ליד הלוה בתורת פקדון גם להרמב"ם הוי ר"ק הביאו ה' כנה"ג אות ע"ו עיין שם ובתשו' מרן שם מבואר דאפי' היו בפקדון אלא שאח"ך נשתמש בהם ונתן לו ריוח לא הוי רק אבק רבית ואין מוציאין מידו עיין שם ועיין מ"ש בחח"מ סימן פ"ב דין יו"ד :

סימן קס"ט

דין כ"א אם היו באחריות העכו"ם מותר וכו' הרי"ף והרמב"ם השמיטו דין זה ונראה לי דסבירא ליה דלא קי"ל הכי דהא לענין חמץ קי"ל דאפילו קיבל הנפקד אחריות ומשום דממוני הוא כמבואר בא"ח סימן ת"מ דהכי מסקי' בפ' חלק גבי עיר הנדחת עיין שם ואפשר שזהו טעם הבעה"ת הביא הב"י שכ' דבעי' שילוה אותם הגוי מיד הישראל ומקבל עליו שאם יאבדו החובות יפרעם הוא לישראל כדין כל לוה אבל אם קיבל אחריותם כשאר שומרים ואפילו חייב עצמו מאונסי' לכשיאבדו כל זמן שיעמדו בעין אסור הואיל ולא נעשה עליהם לוה מעתה עיין שם ומשום דאין סברא דהוו ברשות העכו"ם לבד בקבלת אחריות דהא גבי עיר הנדחת וחמץ הולכין אחר המפקיד דעיקר הממון שלו אלא דמיירי שלוה אותם הגוי מיד ישראל וקבל עליו שאם יאבדו החובות יפרעם לו כדין כל לוה אבל הרי"ף והרמב"ם ס"ל דפשט דברי הירושלמי משמע אפי' בקבלת אחריות לבד קיימי ברשו' העכו"ם ועוד דאם כפי' בעה"ת מילתא דפשיטא היא כנ"ל :

סימן קע"ב

דין ב' מה שנהגו היתר במשכונה והלוה דר בחצר והוא פורע למלוה תמה הרב בית יהודה במנהגים דף קי"ו ע"ד על מנהג זה אבל כשפורע השלי' למלוה אף ע"פ שהשליש לוקח מהלוה הדר בקרקע מעות' וכ' הלבוש משום דהוה ליה לוה לגבי שמעון כאומ' הילך זוזי והלוה לפ' מנה ומותר ואף על גב דהתם אמר ר"י דלא יחזור ויקחנה מהלוה וכולי היינו דוקא בר"ק אבל במשכנתא דהוי כמקח או כשכירות קרקע בה אבק רבי' לית לן בה עיין שם ואם כן נראה דהשליש בלא קנין משתעבד דהאומר לחבירו לוה לפלוני מנה ואתן לך כך וכך משתעבד מדין ערב כדאמרינן בפרק קמא דקידושין תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב לאו אף על גב דלא מטא הנאה לידיה דמשעבד נפשיה וכו' וכן לענין ממון דהאומר לחבירו תן מנה לפלו' ואני אתן לך זוז משתעבד עיין שם אבל בנדון דידן שלא היה בשעת מתן מעות אף על פי שהרויח לו הזמן על ידי השליש נראה דלא נשתעבד השליש אלא בקנין שהרי כ' הרשב"א בתשוב' סימן אלף רכ"ד ורכ"ה האומרת הלוה מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת דהא הנאת מלוה כנתינת פרוטה וא"כ מקודשת בה מדין ערב אבל הרויח לפלוני זמן מלוה אינה מקודשת שהרי אין ערב מתחייב בזה כדתנן הרי שהיה חונק את חבירו וכולי והביאו מרן הבית יוסף בא"ה סי' ל"ח עיין שם הרי דבהרווחת זמן לפ' אינה מקודשת דאין הערב משתעבד בהכי ואף על גב דכתב הרא"ש והטור ח"מ סימן ר"ד דקרקע אינו נקנה במלוה אבל אם הרויח לו הזמן כגון שהגיע זמנו לפרוע והרויח הזמן ואמ"ל נקנה שדה שלך בההי הנאה שהרווחתי לך קנה ופסקי מור"ם שם נראה דוקא לגבי הלוה הרווחת זמן הנאה היא לו וכן האשה אם הרויח לה זמן מלוה שעליה מקודשת אבל לגבי ערב הרווחת זמן ללוה לא חשיב הנאה לערב אלא אם נתן או הלוה לחבירו דחסר ממון ע"י ואם כן הכא נמי לא נשתעבד השליש שלא בשעת מתן מעות ובלא קנין ואף על גב דהרויח המלוה ללוה הזמן לא חשיב הנאה לגבי השליש להשתעבד בדבור בעלמא כדין הערב מיהו אם יש לו שכר יש להסתפ' אם משתעבד בלא קנין ובההיא הנאה וכי האי גוונא כ' בעל התרומות שער כ"ו ח"ג סימן ב' גבי נאמנות וז"ל ואל תטעה לומר שהקנין יצטרך לנאמנות שאף בלא קנין וכולי

וכולי ודמי הא למ"ש מתנה ש"א להיות כשואל דבההיא הנאה וכו' עיין שם :

סימן קע"ה

דין ב' ולא יפסוק לב"ה וכולי אבל הרשב"א בשיטה מקובלת למציעא כתב ואפשר לטעמא בתרא דאמרינן אי בעית אימא מאן דיהיב זוזי לבעל הבית אפירי שפירי יהיב כל דיהיב ליה לבעל הבית בפי' לפירי דלאו שפירי פוסקים אפילו לבעל הבית בשער הלקוטות ע"ש :

סימן רי"ו

א' דין ז' הג"ה ולא יכנוס המשודכת וכו' כ' הר' שפתי כהן ואפשר דטעמא דשמא היתה הכוונה שלא ההא שום אשה נשואה לו עתה אבל מרן בב"ה הגיה במקום ולא ישא המשודכת ולא ישא אחרת עליה משמע שכן מצא בתשו' הרשב"א וכן וכולי עיין שם וליתא דתשו' הרשב"א מצאתיה בח"ב סי' רס"ז וכ' שם ויזהר שלא ישא המשודכת וכו' ומשמע שם דהאי טעמא דשמא כוונתו שלא תהיה אשה נשואה לו עמה וע"ש סימן כ"ף וכתב עוד הרשב"א וזה לשונו אבל הטעם שתלית עלמך בו דיבם לאו אחר הוא וממנו דיבמה גם כן לאו אחרת היא אין אותו הטעם כלום שאף על פי שאמרו בפרק קמא דסוטה לאח ולא ליבם אחיו בכל ענין אמרו תדע לך דהא דאמר ר"א בכתובות בפרק האשה שנפלו גבי תנאי כתובה כל בתנאי לאחר תטול מ"ש שכתוב ליבי ויבם אחר הוא וכבר ידעתי תירוץ דבר זה ואין מפ' לתכם עכ"ל וכבר כת' התוספות שם דה"ד בל' תורה אבל בלשון חכמים אחר מיקרי עיין שם והכא נמי בלשון בני אדם מקרי אחר אבל הרדב"ז בתשו' חלק ב' סי' קי"ד פסק דיבמה לאו בכלל התנאי והביא תשו' הרמב"ם ובסי' תרכ"א הסכים לזה ודחה תשו' הרשב"א עש"ב :

ב' סימן ז' שזה כאומר נכסים אלו עליך אסורים כן צריך להיות כ"ה ל' הרמב"ם אבל בנכסי' אלו מותר כמ"ש גבי זה עיין שם אבל הר"ן כתב דה"ה בנכסים אלו דאסורים לעולם וכן כ' הרשב"א בתשובות ח"ב סימן קכ"ח וכ' עוד שם וז"ל שהאומר הנכסים שלי כמפרש בעודם שלו אבל האומר הנכסים שיש לי כמפרש דנכסים שיש לי עכשיו ואף על פי שילאו מתחת ידו למחר וכו' עיין שם :

סימן רל"ב

דין י"ב הג"ה כל שהוא אנוס בשבו' אפי' על דעת רבים וכו' וכ"כ הרבב"ן והרשב"א בתשו' הביאם מרן הב"י עיין שם ותשובת הרשב"א היא סימן ק"ח וכתב שם דאם התיר נדרו זה ראוי יותר כדי להחמיר בפני אדם שלא יקלו ראשם בנדרים עי"ש ועיין בספר עה"ש אות כ"א :

סימן רל"ד

דין ס"ט ודברי' אלו הוו דברי' שבינו לבינה וכו' כת' התוספות במציעא ד' ק"ד ע"א בד"ה ה"ג וכולי ובנדרים ונדבות נמי אם היה חייב לשלם היתה מפסדת לו כמה וכמה דאפי' יוכל להפר דחשיב כדברים שבינו לבינה משום הפסד ממונו וכו' ע"ש משמע דמספק"ל בנדרים ונדבות דמפסידתו אם חשיב כדברים שבינו לבינ' וז"ש דאפילו וכו' :

סימן ר"מ

דין א' הג"ה ומכל מקום אין ב"ד כופין למצות כיבוד אב ואם דהוה ליה מצות עשה שמתן שכרה בצדה שאין בית דין כופין עליה הכי אמרי' בפ' כ"ה דף ק"י ע"ב עיין שם ובפרק מי שהיה נשוי דף ל"ז ע"ב גבי ההוא גברא דהוו מסקי ביה מאה זוזי שכיב שביק קטינא דארעא דהויא שויא חמשין זוזי אתא בעל חוב וקטריף אזלו יתמי יהבו חמשין זוזי הדר קטרי' לה אתו לקמיה דאביי אמ"ל מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם משום כבוד אביהם אלא שאין לב"ד לכופין ע"כ דלא מ"ע מפורשת כסוכה וכלולב אלא מצוה בעלמ' מדרבנן עיין שם ועיין להתוספו' בפרק הכותב דף פ"ו ע"א שכתבו דמצות כיבוד אם ואם אין לבית דין לכופו עליה והביאו מההיא דפ' מי שהיה נשוי מדלא כפה אביי והביאו פירש"י וכתב דאין נראה דאשכחן דכופין במצוה דרבנן כגון מצוה לקיים דברי המת דאמרינן בפ' השולח דכופין את היורשים עיין שם וק"ל מדגרסי' בירוש בפ"ק דקידושין תמן מצות שהאב חייב לעשות לבנו למולו ולפדותו וללמדו תורה להשיאו אשה למצוה או לעיכוב נשמע מן הדא בר תרימוזי אתא לקמיה דר' אמי א"ל פייס דיזפיני' אתא אבוי ופייסיה ולא קבל עלויה והדא אמרת למצוה אין תימר לעיכוב הו"ל לכופיניה ופיר' הפ"מ לענין מאי איתמר אם למצוה או לעיכוב שכופין עליה ולהשיאו אשה קאי והדומה דקראי אסמכתא בעלמא הוו אבל הני מידי אחרינא דמפורש הדבר בהדיא בתורה דינן כשאר מ"ע שבתורה עיין שם הרי בהדיא דבמצות דרבנן אין בית דין כופין עליה ועיין להרב פנ"י בחי' :

הא דאין בית דין כופין על מצות כיבוד או"א היינו שאם העלימו הב"ד עיניהם מזה אין עליהם עונש אבל אם רצו הרשות בידן כ"כ התוס' בפ"ק דבתרא ד' ח' ע"ב משם ריצב"א וההיא דפ' כ"ה דא"ל שבקוהו ה"פ אינכם מוזהרים להכריחו עיין שם ועיין להמש"ל בספר פכ"ד ועיין בהסמ"ע והש"ך בח"מ סי' ק"ז :

הא דאין בית דין כופין על מצות כיבוד או"א היינו על כיבוד לחודיה אבל אי איכא קלון לאבוהון כופין כדאמרי' בפ' הגוזל עצים הניח להם אביהם פרה וטלית וכל דבר מסויים חייבין להחזיר משום כבוד אביהם כ"כ התוס' בפ' הכותב עיין שם :

סימן שס"ד

דין א' הג"ה ויש אוסרים עוד ליסב על האבן שנותני' על הקבר למצבה וכן אסור למכור מצבה שנשברה הג"א וכ' הרמ"ע סי' מ"ד דאם האנשים רודפים אותם ולשקעם בבנין בבתי טריטראות שלהם וע"ג מתיהם ואין מציל ודאי דלא עלה על דעת הפוסקים שנשבול עלבונם של מתי ישראל הליונים שלהם מוטלים בבזיון רב אלא מוטב שימכרום טובי העיר למפסל אבנים ודמיהם יפלו לתיקון קברי ישראל שהרי הרשב"א התיר לעשות מהם ליון למת אחר עיין שם ועיין בתשו' הרדב"ז ח"ב סי' תשמ"א דנראה קצת דלא ס"ל הכי :

עוד כתב הרמ"ע וז"ל ומסתברא דאף צרכי צבור מותר

מותר דהא דתנן במסכת שקלים פרק רביעי אמת המים וחמי העיר ומגדלותיהם וכל צרכי העיר באים משיירי הלשכה והא איסורי הנאה נינהו וחמירי מעות דקדשים בהזמנה דעלמא מתסרו ואלו תכריכי המת ותשמישו לא מיתסרו עד דאזמינהו וצר בהו כמ"ש רב אחא משבח' בשאלתות פ' חקת ודברים פשוטים הם ועוד דהמעילה בקדשי' משא"כ בכל שאר איסורי הנאה ואם שיירי הלשכה הותרו לצרכי צבור ק"ו לאיסורי הנאה הבאי' מחמ' המת וכ"ש הכא שכן לב ב"ד מתנה וכו' ע"ש :

סימן שס"ט

דין א' לגולל ולא לדופק וכו' כ' הרשב"א סי' תע"ו דמטמאי' באהל בפ"ע אפי' פרושים מן הקבר והביאו מרן בב"ה עיין שם וכ"כ ה' מטה יהודה ע"ש ולא זכרו מ"ש הרמב"ם בפ"ו מהל' טו"מ דין ד' וז"ל העושה גולל מדבר שאינו מקבל טומאה וכו' ואם פירשו מהחליות גולל או שהסיר את המת מתחתיהם הרי הם טהורים וכולי ע"ש וכבר הסכים ה' חזו"ן בסופו דלמ"ד דכל שאין הנזיר מגלח עליו אין הכהן אסור עליו מדאוריית' אלא מדרבנן :

סימן שצ"ה

דין א' כיון שעמדו וכולי הרדב"ז בתשו' ח"ג סימן תקנ"ט הכריע דלענין ת"ת ותשמיש המטה שים מצוה מקלת הלילה ככל היום מיהו מסתברא שצריך להמתין מלשמש מטתו בלילה ממה שהוא רגיל כדי שיהא נוהג בה מקצת אבילות עיין שם :

תמו ונשלמו ההשמטות · שבח לאל אלהי הרוחות :